أحكام الوصية

بحوث مقارنة

تضمنت شرح قانون الوصية ٧١ لسنة ١٩٤٦

الشيخ علي الخفيف



المؤلفات الكاملة للشيخ علي الخفيف



بحوث مقارنة

تضمنت شرح قانون الوصية ٧١ لسنة ١٩٤٦

تأليف
الشيخ علي الخفيف

الطبعة الأولى
١٤٣١هـ / ٢٠١٠م

٢٥٣,٩٠٠٩
ع ل أح

علي الخفيف.
أحكام الوصية: بحوث مقارنة تضمنت شرح قانون الوصية ٧١ لسنة ١٩٤٦/ تأليف علي الخفيف.- القاهرة: دار الفكر العربي، ١٤٣١هـ = ٢٠١٠م.
٥٦٨ص: إيض ؛ ٢٤ سم.
يشتمل على إرجاعات ببليوجرافية.
تدمك: ٩٧٧- ١٠- ٢٤٩٩-x.
١- الوصايا (فقه إسلامي). ٢- الوصايا (قانون).
أ- العنوان.

جمع إلكترونى وطباعة



التنفيذ الفنى

ثريا إبراهيم حسين

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله الذي يهدي إلى الحق وإلى الطريق المستقيم - والصلاة والسلام على سيدنا محمد أرسله الله بالهدى ودين الحق فكان خير من علم وأدَّب، وأفضل من دعا وهذب - جاءنا بالشريعة سهلة ميسرة كفيلة بالصلاح والفلاح فسعد من مَسّك بها وشقى من صدف عنها فكان من الخاسرين.

أما بعد: فقد عهد إليّ بإلقاء محاضرات على طلبة معهد الدراسات العربية العالية في الوصية فألقيتها بعد دراسات وبحوث سجلتها في هذا الكتاب؛ رجاء أن يكون منها لأمتنا العربية ما تهتدي به في سبيل نهضتنا التشريعية ووحدتها القانونية حتى يتم لها من الخير والفلاح والسؤدد والعدل ما كان لأسلافنا حين مسكوا بالشريعة وحرصوا على التزامها. والله الموفق الهادي إلى سواء السبيل.

علي الخفيف

الوصية

التعريف بالوصية لغة:

أصل المادة ينبئ عن الوصول والاتصال، فاستعمل العرب الفعل وَصَى كوَعى بمعنى اتصل ووصل، ومنه وصت الأرض وَصْيا ووُصِيا ووَصَاءة ووَصاء اتصل نباتها. ووَصيْت الشيء بالشيء أصيه من باب وعد وصلته به ووَصَى النبت اتصل وكثر.

ثم استعملوا الوصية في التقدم إلى الغير بما يطلب منه على وجه الاستمرار مقترنا بوعظ أو بما يشبهه من وسائل التأثير والحمل على الاستجابة، سواء أكان ما يطلب مطلوبا حال حياة الطالب أم بعد وفاته، وذلك لما يتضمنه هذا الطلب من استمرار العمل وتواصله.

وقد استعمل القرآن هذه المادة في الأمرين، فاستعملها في الطلب حال الحياة في مثل قوله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا ...(١٥)﴾ [الأحقاف] وقوله تعالى: ﴿...ذَلِكُمْ وَصَّاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ (١٥٣)﴾ [الأنعام]، وقوله تعالى: ﴿وَوَصَّىٰ بِهَا إِبْرَاهِيمُ بَنِيهِ وَيَعْقُوبُ...(١٣٢)﴾ [البقرة]، واستعملها في الطلب بعد الوفاة في مثل قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ ...(١٨٠)﴾ [البقرة]، وقوله تعالى: ﴿... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ...(١١)﴾ [النساء]، وقوله تعالى: ﴿...شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ ...(١٠٦)﴾ [المائدة].

غير أن الفعل إذا استعمل في طلب شيء حال حياة الطالب تعدى بنفسه إلى المطلوب منه، وبحرف الباء إلى نفس المطلوب مثل قوله تعالى: ﴿...ذَلِكُمْ وَصَّاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ (١٥٣)﴾ [الأنعام] ومثل قوله تعالى: ﴿... وَأَوْصَانِي بِالصَّلاةِ وَالزَّكَاةِ مَا دُمْتُ حَيًّا (٣١)﴾ [مريم]، وإذا استعمل في طلب شيء بعد وفاة الطالب تعدى بحرف اللام أو «إلى» المطلوب له، وبحرف الباء إلى نفس المطلوب فيقال: (وصي لفلان بكذا وأوصى إليه بكذا، ومن الآية السابقة)، ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ ...(١٨٠)﴾[البقرة].

والاسم من هذه المادة: الوَصاة والوِصاية والوصية.

وقد خص الفقهاء الوصية في لسانهم بطلب فعل أو تصرف بعد الوفاة، واستعملوا في ذلك المعنى أوصي ووصّى، كما استعملوا في ذلك أيضا أسماه المصدر وهي الوصية والوصاية والوَصاة - إلا أنه يغلب استعمالهم أوصى بمعنى أقام الإنسان غيره مقامه بعد وفاته، ووصّى بمعنى طلب تصرفا في أمواله بعد وفاته.

ويستعملون لفظ الوصي فيمن أقيم قيما على التركة أو الأولاد الصغار بعد الوفاة، وإن استعملت لغة في الموصي والموصى إليه كذلك، ويستوي فيه الرجل والمرأة فيقال: هو وصي وهي وصي والجمع أوصياء، وقد يستعمل أيضا في الاثنين وما فوقهما فيقال: هما وصي وهم وصي.

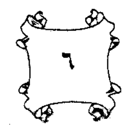
وتستعمل العرب كلمة الوصية في الدلالة على الموصى به، وكذلك يقولون أوصى إليه بمال، ووصى إليه به، كما يقولون أوصى إليه، ومُوصى إليه إذا جعله وصيا بعد وفاته. ذلك ما تدل عليه مادة الوصية لغة.

هذا، وقد اشتهر إطلاق اسم الوصية على الوصية بالمال واسم الوصاية على إقامة الغير وصيا على التركة.

التعريف بالوصية شرعا:

أما الوصية في لسان الشرع فقد اختلف الفقهاء في بيانهم لمعناها اختلافا يرجع إلى العبارة والأسلوب أكثر مما يرجع إلى تحديد المعنى وتعريفه، لأنهم لا يكادون يختلفون فيه، ومع ذلك فقد كان لمحاولاتهم الإتيان بتعريف جامع مانع أثر بين في زيادة بعض القيود في بعض التعريفات حتى تكون جامعة مانعة، وليس من بأس إذا عرضنا عليك بعضها لترى كيف كان سلوكهم في تحديد معناها وبيانه، فضلا عما في ذلك العرض من بيان له وإيضاح وتجلية:

١- عرفها بعض الحنفية كصاحب الهداية والكنز: بأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، واختار هذا التعريف صاحب شرائع الإسلام من فقهاء الشيعة.



ولوحظ على هذا التعريف أنه لا يشمل بعض أنواع من الوصية كالوصية بالإسقاط، والوصية لجهة ليست أهلا للتمليك كالوصية في بعض جهات البر، إذ لا تمليك في هذا النوع من الوصايا.

٢- وعرفها الكاساني: بأنها اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد الموت.

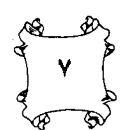
ويلاحظ عليه بأنه عمد إلى بيان أثر الوصية وهو الحق المترتب عليها. وهو بيان جامع من هذه الناحية. ولم يعمد إلى بيان الوصية باعتبارها سببا من جهة الموصي يترتب عليها حق في تركته.

٣- وعرفها الكرخي: بأنها ما أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته أو في مرضه الذي مات فيه: ويلاحظ عليه ما لوحظ على سابقه، وبأنه لا يتناول ما يوصي به الإنسان وهو واجب عليه، كالوصية بوفاء الدين، كما أنه يدخل في الوصية تبرعات المريض المنجزة في مرض موته، وهي لا تعد من قبيل الوصية وإن أعطيت حكمها بعد الوفاة بالنظر إلى إنفاذها.

٤- وعرفها صاحب جواهر الكلام «شرح شرائع الإسلام» عن الكفاية من كتب فقه الشيعة الإمامية بأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت تبرعا - أو فك ملك - أو تسليط على تصرف - وقد زيد قيد «التبرع» لمجرد البيان - وزيد «فك الملك» ليشمل الوصية بالإسقاط - وزيد «التسليط على التصرف» ليشمل الوصية بتعيين وصي.

ولوحظ عليه أنه لايشمل الوصية بإجراء عقد، كالوصية بوقف مال معين دون تعيين منفذ لها. كما لوحظ أنه تعريف يحوي قسمة المعرف - والواجب أن تجنب التعريفات ذلك؛ لأن الغرض منها بيان المعرف بيانا كليا على اعتبار أنه واحد يندرج تحته جميع أنواعه.

٥- وعرفها أبو الخطاب الحنبلي: بأنها تبرع بمال يقف نفاذه على خروجه من الثلث.

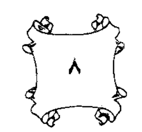


ولوحظ عليه أنـه يتناول مالا يعد وصـية في الاصطلاح، كـالعطية في مرض الموت، ولا يشمل بعض مـا هو وصية اصطلاحا كالوصيـة بحقوق الله تعالى الواجـبة لأن الوصيـة بها وصيـة بواجب، فكانت لذلك واجبة شـرعا وليست تبرعا، ولا يتناول الوصية بتأجـيل الدين، ولا الوصية بقسمة التركة، فكل ذلك لا يعد تبرعا بمال.

والتعريفـات كثيرة عديدة وليس منهـا ما سلم عن ملاحظة، وليس في حصرها واستقرائها بعد هذا البيان كبـير فائدة، وخير من هذه التعريفات فيما أرى ما عـرفها به قـانون الوصية رقم ٧١ لسـنة ١٩٤٦ في مادته الأولى(١)، بأنها: تصرف في التـركة مضاف إلى ما بعد الموت. فـإن هذا التعريف يتناول ما كان تمليكا كالوصية لشخص معين، وما ليس منها بتمليك كالوصية للفقراء أو المساجد، ويتناول ما كـان منها إسقاطا في معنى التمليك كـالوصية بالبراءة من الدين، أو إسقاطا محضا كالوصية بالبراءة من الكفالة، أو الوصية بالوقف عند الحنفـية، أو بالعـتق على التحـقيـق عندهم، كمـا يتناول الوصيـة بحق كالوصية بتأجيل الدين إلى أجل معين، والوصية بقسمة التركة بين الورثة على وجه معـين، والوصية بالتصـدق على فلان، والوصية بقـضاء الدين عن ثمن عين معينة، والوصيـة بحق من حقوق الله تعالى، فجميع هذه الوصـايا تعتبر تصرفا في التركة مضافـا إلى ما بعد الموت، إذ لا يراد بالتصرف إلا ما يصدر من الموصي من قـول ونحوه يتـرتب عليـه ثبوت حق في التـركة، وإن كـان إسقاطا في معنى التمليك كالبـراءة من دين من ديونها، فإن الدين يعد عنصرا من عناصرها والبراءة منه تتضمن تمليكه للمدين، وكذا البراءة من الكفالة على أساس أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في الـدين، أما على أساس أنها ضم ذمة إلى ذمة في المطالبـة فلا يظهر أن الإبراء منهـا تصرف في التركـة إلا على معنى أنها تصرف في حق يتعلق بجزء من التركة هو الدين وذلك الحق هو المطالبة به.

---

(١) نصها: الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت.



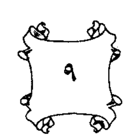
والمراد بالتركة كل ما يخلف فيه الوارث مورثه وهو يشمل ما يتركه المورث من أموال أو منافع أو حقٍ من الحقوق الأخرى المتعلقة بالمال.

وليس يعيب هذا التعريف أنه لا يتناول الوصية بإقامة وصي لأنها ليست تصرفا في التركة بل إحداث ولاية عليها؛ لأننا نرى أن هذا النوع من الوصية ضرب آخر من الولاية له حكمه وآثاره وهو خلاف ما نريد دراسته الآن وهو الوصية بحق في التركة.

على أن هذا التعريف قد يكون متناولا هذا النوع أيضا إذا ما توسعنا في معنى التصرف فقلنا إن إخضاع التركة بعد الوفاة لولاية أجنبية يعتبر تصرفا فيها من وجه.

وقد يعيب هذا التعريف أنه لا يتناول الوصية بإجراء عقد من العقود أو بعمل من الأعمال التي تستوجب إنفاق مال، كالوصية من شخص بأن توقف عين من تركته بعد موته على جهة كذا، وكالوصية بأن تباع عين معينة لفلان بثمن هو كذا، وكالوصية بعمارة مسجد كذا أو ببناء مدرسة على قطعة أرض معينة، فإن هذا النوع من الوصايا ليس تصرفا في التركة بل هو أمر بإجراء تصرف في التركة.

وقد يجاب عن ذلك بأن هذا النوع من الوصايا - وإن كان بإجراء عقد أو بقيام بعمل - يستوجب في التركة حقا تتحمله وتنتقل إلى الورثة محملة به. ففي الوصية بالوقف أو بالبيع يكون لمن أريد الوقف عليه أو لمن له الولاية عليه أو لمن أريد البيع له أن يطالب بإجراء هذا الوقف أو البيع ويطلب إلى القاضي إقامة وصي لتنفيذ هذه الوصية رضي الورثة أم أبوا وفاء لحقه وهكذا. ولا شك أن إيجاب حق في التركة بعد أن لم يكن يعتبر تصرفا فيها إذ لا يراد بالتصرف إلا الالتزام الذي ينشأ عنه حق في التركة، وبهذا الاعتبار يكون التعريف متناولا أيضا لهذا النوع من الوصايا من ناحية أنه تصرف يستوجب في التركة حقا بعد الوفاة.



وعلى ضوء ما تقدم يكون تعريف الوصية بأنها تصرف يستوجب في التركة ابتداء حقا بعد الوفاة أوضح وأظهر.

وإذن فجميع التصرفات التي توجب حقا في مال المتصرف أو في ذمته حال حياته لا تعد وصية، وإن وجب هذا الحق في التركة بعد وفاته، لأنه لم يجب في تركته ابتداء، وذلك كالقرض وكالشراء بأجل وكفالة الدين ونحو ذلك.

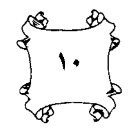
أما ما يوجب في التركة ابتداء حقا من الحقوق فهو وصية، كالوصية لفلان بمال، أو بالبيع له أو بالوقف عليه أو بتأجيل ما عليه من الدين للوصي، وكالوصية للفقراء أو للمساجد أو للمستشفيات أو بوفاء الدين من ثمن عين معينة من التركة، وكذلك الوصية بإقامة وصي لأنها توجب في التركة حقا هو ثبوت ولايته عليها ونفاذ تصرفه فيها إذا ما تصرف في الحدود المشروعة له، ومثل ذلك أيضا الوصية بالبراءة من دين أو من كفالة به لأنها تصرف يستوجب للمدين أو للكفيل حقا هو براءة ذمته من مال هو جزء من التركة أو من المطالبة به على رأي في الكفالة.

هذا، وقد ألحق القانون المدني الجديد بالوصية في أحكامها ما يأتي:

أولا- كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت مقصودا به التبرع.

ويعتبر صدوره في مرض الموت دليلا على نية التبرع فيه، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك.

ثانيا- كل تصرف يصدر من شخص لأحد ورثته محتفظا فيه بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته، ما لم يقم دليل على خلاف ذلك (م٩١٦، م/ ٩١٧ مدني).



حكمة شرع الوصية:

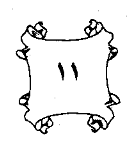
إذا مات الإنسان فقد إرادته وإدراكه وقدرته على حيازة المال والانتفاع به والتصرف فيه، وذلك ما يقضي بانقطاع صلته بما كان يملك حال حياته من مال وانتهاء ملكه فيه، وزوال ما كان له من سلطان عليه وإرادة فيه، فلا ينفذ له فيه تصرف ولا إرادة. وإلا أثبتنا له التصرف والإرادة في حال هو فيها عاجز عنه وفاقد لأية إرادة. وذلك أمر باطل.

وقد شاءت حكمة العليم الحكيم أن يجعل ذلك المال بعد وفاته لمن أظهرت الطبائع الإنسانية والتصرفات الشائعة المألوفة أنهم محل إيثار الإنسان بأمواله منحا وإنفاقا حال حياته، حتى يكون ذلك حافزا له على تنميتها وصيانتها وادخارها، ومطمئنا له على أن ما يكون له من مال بعد وفاته مصيره إلى أحب الناس إليه، ومن ارتضاه حال حياته لبذله وعطائه ورعايته.

وعلى هذا الأساس شرع نظام المواريث - غير أن من الناس من تدعوه ظروفه وصلاته بغير أهله وأقاربه إلى أن يكافئ من أسدى إليه معروفا أو يجازي من أعانه في حاجة أو فرج عنه كربة ثم لا تتهيأ له ظروف تحقيق ذلك قبل وفاته.

وإلى هذا فللإنسان حياة أخرى خالدة بعد هذه الحياة الفانية، وهي حياة يجازى فيها بأعماله، ويحاسب على ما اقترف فيها من سيئات، ولا نجاة له فيها من ذلك إلا بفعل ما أمر الله به، وترك ما نهى عنه، وكثيراً ما يقصر الإنسان في ذلك كسلا أو تهاونا، مغرورا بأمله راجيا تدارك ما فاته قبل حلول أجله، وقد تفاجئه مقدمات الموت وأسبابه قبل أن يتمكن من ملافاة ذلك التقصير.

فلهذا كله شرع الحكيم العليم الوصية ليتدارك بها الإنسان ما فاته، فإذا أوصى ببعض ماله في غرض من هذه الأغراض ثم مات فقد فعل ما يرضي



نفسه ويرجو به ثواب الله وعفوه. وإن لم يمت وأمد الله في عمره أمكنه أن يتدارك الأمر بنفسه، فينجز ما أراد، وينفذ ما رغب، ثم يفعل بوصيته ما شاء.

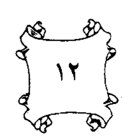
وقد كانت الوصية معروفة قبل مجيء الإسلام، وكانت عند كثير من الأمم سبيلا لتوجيه المال بعد الوفاة إلى ما أراد المالك توجيه ماله إليه، دون رقابة عليه، ودون حدود تحدهُ في ذلك إلا مجرد إرادته ورغبته، وكثيرا ما أدى ذلك إلى جور شديد، وجحود أليم، ونكران أثيم، فجاء الشارع الإسلامي مهذبا لهذا التصرف، مقوما له على وضع يحقق فيه النصفة والحكمة وعدم الجور والظلم.

ركن الوصية[1]:

لا خلاف في أن صيغة الوصية وهي ما ينشئ به الموصي وصيته من عبارة أو ما يقوم مقامها من كتابة أو إشارة هي ركن للوصية اتفاقا، وذلك ما

---

(١) يريد الحنفية بركن العقد ما توقف وجود العقد عليه وكان جزءا منه - وإن شئت قلت ركن الشيء ما توقف عليه وجود ذلك الشيء وكان جزءا منه - كالسجود والركوع للصلاة، فكلاهما ركن للصلاة، وكالإيجاب والقبول لعقد البيع، فكلاهما ركن له.
وبالقيد الأخير امتاز الركن عن الشرط - فإن الشرط ما توقف عليه وجود الشيء ولم يكن جزءا منه، كالوضوء للصلاة فهو شرط إذ لا توجد الصلاة من غير طهارة الوضوء - وليس جزءا من أجزائها، وكالعلم بالمبيع بالنسبة لعقد البيع.
أما الشافعية والمالكية والحنابلة فيريدون بالركن ما يتوقف عليه وجود الشيء وتصوره في العقل، سواء أكان جزءا أم كان مختصا به وليس جزءا منه، كالبائع والمشتري والمبيع بالنسبة إلى عقد البيع.
أما الشرط فيفترق عن الركن عندهم بأنه لا يتوقف عليه تصور الشيء عقلا وإن توقف عليه وجوده، كطهارة المبيع بالنسبة إلى عقد البيع عندهم.
واصطلاح الحنفية خير إذ إنه يعين على تمييز الأشياء بحقائقها وأجزائها، وذلك أدق في تعريفها. راجع أسنى المطالب وحاشية الرملي عليه والشرح الكبير للدردير عن الكلام على أركان البيع. =



يعبر عنه الفقهاء بالإيجاب، ويضيف المالكية والشافعية والحنابلة إلى ذلك الركن أركانا أخرى هي: الموصي، والموصى له، والموصى به، خلافا للحنفية إذ لا يرون ذلك من أركانها.

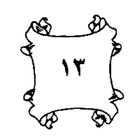
أما القبول من الموصى له فقد اختلف فيه، فذهب فريق إلى أنه ركن - وفريق آخر إلى أنه شرط - وآخرون إلى أنه ليس بركن ولا شرط. وتفصيل ذلك فيما يلي:

رأي الحنفية:

ذكر الكاساني في كتابه بدائع الصنائع ما خلاصته: إن ركن الوصية هو الإيجاب من الموصي والقبول من الموصى له عند أبي حنيفة وصاحبيه، فما لم يوجدا جميعا لا يتم العقد. ثم قال: (وإن شئت قلت إن ركن الوصية هو الإيجاب من الموصي وعدم الرد من الموصى له. ثم فسر المراد بعدم الرد بقوله: وهو أن يقع اليأس من رده الوصية وقال: إن هذا أسهل لتخريج مسائل الوصية) ثم أتبع ذلك بما يأتي:

وقال زفر رحمه الله: إن ركن الوصية هو الإيجاب من الموصي فقط، وبه تتم الوصية، فإذا توفي ثبت الملك للموصى له ولم يملك ردها. ويرى زفر أن تملك الموصى له الوصية كتملك الوارث ما يرثه، يثبتان جميعا بالموت. وتملك الوارث لا يتوقف على قبوله الميراث، فكذلك لا يتوقف تملك الموصى

= أما السبب فهو ما كان علامة على مسببه وقد ربط وجود المسبب بوجوده، وعدمه بعدمه، فلزم من وجوده وجود مسببه ومن عدمه عدمه، وهو يشترك مع الشرط في أن وجود المسبب يتوقف على وجوده، ولكن يخالفه في أن الشرط لا يلزم من وجوده وجود المشروط فيه، كالوضوء للصلاة، وحضور الشاهدين في عقد الزواج، والعلم بالمبيع في عقد البيع، ولكن السبب يلزم من وجوده وجود مسببه، كعقد البيع نفسه فإنه سبب لانتقال الملك، فإذا وجد وجد الأثر حتما، وهو انتقال الملك إلى المشتري.



له على قبوله الوصية، كما لا يتوقف لزوم هذا الملك عليه. وهذه إحدى روايتين عنه. والأخرى أن تملك الموصى له لا يثبت له إلا بقبوله الوصية كما ذهب إليه الإمام وصاحباه(١).

ووجه قول أبي حنيفة وصاحبيه بما يأتي:

أولاً: أن التمليك بالوصية تمليك بعقد؛ ذلك لأن الملك يثبت للموصى له ثبوتا متجددا مبتدئا لا بطريق الخلافة فليس كالملك الثابت بالوراثة(٢).

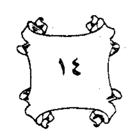
---

(١) راجع المبسوط ٢٨، ص ٤٧، ص ٤٨ والبدائع جـ ٧ ص ٣٣١.

(٢) ذلك أن فقهاء الشريعة الإسلامية يرون أن ملك الوارث إنما هو بطريق الخلافة عن المورث، ومعنى ذلك أن ملك الوارث ليس ملكا متجددا وإنما هو الملك الذي كان للمورث فحل الوارث محله فيه دون تجدد فيه ولا تغير، ومقتضى ذلك أن الوارث إنما يملك ما كان يملكه المورث لا يزيد ولا ينقص، وأن حلوله فيما كان يملكه مورثه حكم شرعي؛ ولذا لا يتوقف على رضاه ولا على قبوله لهذا الحلول وهذا محل اتفاق بينهم، ويبنون على ذلك أن الوارث يقوم مقام مورثه كأنه حي، فيرد المبيع بالعيب ويرد عليه بالعيب، ويعتبر مغرورا بغرور مورثه إذا ما غُرّ في معاوضة، ويصح إثبات دين مورثه في مواجهته.

أما مالك الموصى له ما أوصى به له فقد اختلف رأي فقهاء الحنفية فيه، فمنهم من صرح بأنه ملك بطريق الخلافة أيضا، على معنى أن الموصى له يحمل فيما أوصى له به محل الموصي، فيملك منه ما كان يملكه الموصي، وأن هذه الخلافة لا ينفيها أنها خلافة مبناها إرادة الموصي الممثلة في إيجابه الدال على حدود تلك الخلافة، ومحلها ومداها، ومنهم من صرح بأنه ليس من قبيل الخلافة، وإنما هو ملك يستند إلى عقد صدر من الموصي ينقل به إلى الموصى له ما كان له أو بعض ما كان له من حقوق. ويستدلون على ذلك بأن الموصى له بعين إذا ما وجد بها عيبا لا يملك أن يردها بسببه على من باعها للموصي، ولو كان الموصى له خليفة فيها كالوارث لملك ذلك، وبالقول الأول يقول الشافعية.

ويظهر لي أن أساس هذا الخلاف ومرده هو اختلافهم فيما يتحقق به معنى الخلافة فمنهم من يرى أن الخلافة حكم شرعي يشرعه الشارع بناء على تحقق سببه دون أن يكون لمن انتقل إليه الملك دخل في ذلك ومنهم من يرى أنها تتحقق بمجرد حلول الإنسان محل غيره فيما كان له من ملك، ولو كان ذلك، مشروطا بقبوله؛ فمن ذهب إلى الرأي الأول يرى أن الخلافة لا تكون إلا للوارث، إذ لا يملك بناء على عقد ولا على إرادة، وتتحقق خلافته قبل أم لا يقبل، ولا تكون للموصى له، لأنه لا يملك إلا بناء على عقد هو طرف فيه، فشأنه شأن المشتري والمتهب، يثبت له ملك جديد له آثاره ونتائجه بناء على عقد تم بينه=



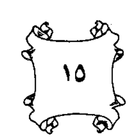
إذ إنهُ يَثبتُ خلافه عن المورث لا بِعقد من العقود، ألا يرى أن الموصي لا يرد بالعيب إذا ما أوصى له بمَبيع ظهر فيه عيب. ولا يصير مَغرُوراً بغرور الموصي فيه بينما الوارث يرد بالعيب ويصير مغروراً بغرور المورث. والملك المتجدد المبتدئ كملك الموصى له إنما يعتمد سببا متجددا حادثا - ولا يملك أحد إحداث سبب الملك لغيره وإتمامه بدون رضاه، فإذا لاحظنا هذا وجب ألا يثبت الملك للموصى له بسبب يستقل به الموصي، وكان قبول الموصى له للوصية مما ليس منه بد لكي يثبت الملك له بهذا السبب، وذلك هو شأن التمليك بسائر العقود.

ثانيا: عموم قوله تعالى: ﴿وَأَن لَّيْسَ لِلإِنسَانِ إِلاَّ مَا سَعَىٰ ﴿٣٩﴾﴾ [النجم] ولو ثبت الملك للموصى له بدون قبوله لكان له من غير سعيه، وهو منفي بظاهر الآية وعمومها إلا ما خص بدليل كالوراثة.

ثالثا: أن الملك إذا ثبت للموصى له بدون قبوله فقد يصيبه الضرر من ناحيتين: إحداهما ناحية المن عليه من ورثة الموصي وذويه، وثانيتهما أن

= وبين المالك الأصلي، وبناء على ذلك يظهر لي أن ذلك لا يتم إلا على رأي أن الملك بالوصية يتوقف على قبول الموصى له، أما على رأي من يرى أن الملك يثبت له بمجرد موت الوصي ولو لم يقبل فإن ملكه يكون أيضا بطريق الخلافة إذ لا إرادة له في ثبوته له وتكون خلافة في حدود الإيجاب، الصادر من الموصي، ويكون من ذلك أيضا ملك المشتري لما اشتراه له وكيله على رأي وملك السيد لما أعطى لعبده أو لما استولى عليه عبده من المباحات.

أما فقهاء التشريع الوضعي فعندهم الخلف إما خلف عام وإما خلف خاص. فالخلف العام هو من يخلف شخصا آخر في ذمته المالية من حقوق والتزامات مع مراعاة ما تقضي به الشريعة من عدم إلزام من لم يلتزم أو يخالفه في جزء منها باعتبارها مجموعة من المال، مثال الحال الأولى الوارث، ومثال الحال الثانية الموصى له بجزء شائع في التركة، والخلف الخاص هو من يخلف شخصا في عين معينة بالذات أو في حق عيني عليها أو في المبيع، والموصى له بعين معينة يخلف الموصي شخصا في عين معينة بالذات أو في حق عيني عليها أو في المبيع، والموصى له بعين معينة يخلف الموصى له فيها، والمنتفع يخلف المالك في حق الانتفاع، والمحال له يخلف المحال في الحق المحال به. (راجع الوسيط جـ١ ص ٥٤١، ٥٤٦).



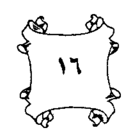
الموصى به قد تكون تبعاته أكثر من منافعه فيلزم الموصى له بما لم يلتزمه من غير أن يكون ذلك ممن له ولاية إلزامه. فوجب لذلك أن يتوقف ملكه على قبوله - ولا ينقض ذلك بالميراث لأنه إلزام ممن له ولاية الإلزام العامة وهو الشارع.

ويرد نقضا على هذا الدليل من ناحيته الثانية ثبوت الملك للموصى له إذا كان حَمْلا من غير توقف على قبول أحد عند أبي حنيفة رحمه الله. وقد يكون في ذلك ضرر به، ويمنع هذا الإيراد أن ترتب الضرر على الوصية أمر نادر لا يراعى في التشريع وأن الشأن في الوصايا أن يكون من ورائها منفعة ظاهرة، وذلك ما يطلب للقاصر، فوجب إنفاذ الوصية له من غير قبول لذلك.

وقد ينقض من هذه الناحية أيضا بأن ثبوت الملك بالوصية أمر رتبه الشارع عليها، فكان ثبوته للموصى له راجعا إلى شرع الله - سبحانه وتعالى - وله ولاية الإلزام فكان كالميراث، وإذن لا يتوقف على القبول.

وكذلك يرد الدليل الثاني أن يقال: إن عموم قوله تعالى: ﴿**وَأَن لَّيْسَ لِلإِنسَانِ إِلاَّ مَا سَعَىٰ** (٣٩)﴾ [النجم] كما خص بدليل الوراثة قد خص كذلك بدليل الوصية. ذلك أن الوصية كالوراثة في ثبوتها بدليل مخصص لقوله تعالى: ﴿**وَأَن لَّيْسَ لِلإِنسَانِ إِلاَّ مَا سَعَىٰ** (٣٩)﴾، وهو قوله تعالى: ﴿... **مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ** ...(١٢)﴾ [النساء] إذ قد دل على تقديم الوصية على الميراث في التنفيذ - وأسندها إلى منشئها دون أن يشير إلى أن وجودها متوقف على قبول من أحد، وإسناد الشارع الفعل على هذا الوضع يدل على أنها تتحقق بعبارة الموصي وحدها.

ثم إن السعي الذي أشارت إليه الآية، لا يلزم أن يكون في الوصية قبولها، بل قد يتحقق بوسائل أخرى مما يدعو الموصي إلى الإقدام على الإيصاء، كأن يقوم الموصى له بإسداء معروف إلى الموصي حال حياته، فيرغب الموصي في مكافأته أو نحو ذلك.



أما الدليل الأول فقد يرد على بعض مقدماته المنع أيضا بناء على أن الملك الثابت للموصى له إنما يثبت له بضرب من الخلافة شرعها الله عند صدور الوصية من الموصى له، لا على أساس ما شرع من العقود وما شرط فيها لكي تترتب عليها آثارها - بل على أنه سبب مستقل من جانب واحد يقوم به صاحبه، كالوقف في سبل الخير من ناحية ترتب الأثر على مجرد ما يصدر من الواقف من عبارة تفيد ذلك، وبناء على ذلك لا يكون لهذا الرأي دليل سليم.

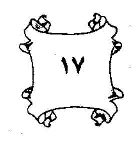
وما ذكره الكاساني قد خالف به أصحاب الآراء والكتب المعتبرة في المذهب.

فقد نقل الطحاوي في حاشيته على الدر المختار نقلا عن غاية البيان أن قبول الموصى له شرط لثبوت الملك للموصى له. ومعنى ذلك أنه شرط يتوقف عليه نفاذ الوصية وعند زفر ليس بشرط كالميراث.

وكذلك نقل الشرنبلالي عن الخلاصة أن القبول شرط لا ركن. ومعنى ذلك أنه شرط لثبوت الملك بها، لا لصحتها ولا لوجودها، كما نص على ذلك القهستاني نقلا عن الذخيرة. ومعنى ذلك أنه شرط نفاذ.

ونرى أمثال هذه النقول في أمهات كتب المذهب، دون أن يرى أحد منهم عن الإمام وصاحبه ما نسبه الكاساني إليهم من أنهم يرون أن ركن الوصية الإيجاب والقبول. وإذا لوحظ أن ثبوت الملك للموصى له هو الأثر الذي يترتب على الوصية كان معنى قولهم: أنه شرط لثبوت الملك بها، أنه شرط لنفاذها إذ نفاذ العقد هو ترتب أثره عليه.

وفي رأيي أن عبارة الكاساني لا يتسق آخرها مع أولها، ففي صدرها أن ركن الوصية عند الإمام وصاحبيه الإيجاب والقبول فما لم يوجدا جميعا لا يتم العقد، وليس يتسق مع هذا قوله بعد: وإن شئت قلت: إن ركن الوصية هو الإيجاب من الموصي وعدم الرد من الموصى له، إذ ليس هذا القول يصلح بيانا سليما للعبارة الأولى، إذ ليس عدم الرد الذي هو سكوت قبولا، ثم إن



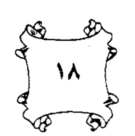
عدم الرد أمر عـدمي لا يتحقق إلا بالنظر إلى زمنه ومراعاة انعـدام الرد فيه، فأي زمن إذا انعدم الرد فيه يتحقق به الركن؟.

لذلك فسره الكاساني بأنه اليـأس من الرد، ولعل المراد تحقق هذا اليأس بعد وفاة الموصي في أي وقت - وكأنه استشعر أن القول الذي نسبه إلى الإمام وصاحبـيه لا يصلح لتخريج مســائل الوصية المنقولة عنهم فـذكر لذلك أن ما انتهى إليـه من بيان وتفسيـر هو الأسهل في تخريج مســائلها، ذلك لأنك إذا استقريت ما ورد في الوصية عن الأئمـة من مسائل عرضت عليهم أو عرضوا لها فبينوا للناس أحكامها رأيت في بعضها ما يدل على أن القبول ليس بركن، ومن ذلك الوصية للحمل، والوصيـة إذا ما توفي الموصى له قبل القبول والرد - والوصية لمن يعتـبر غير محصور - إذ تتم الوصية في هذه المسائل وأمثالها بالإيجاب وحـده، وليس من المعقـول أن يوجد الشيء ويتم مع انعـدام جزئه الذي يتوقف عليه وجوده، وذلك ما يدل على أن القبول ليس بركن.

وكذلك ترى في بعضها أن الوصـية لا تتم بالإيجاب وحده، وأنه لا بد من القبول لتمامـها، كما في الوصية لمن يتأتى منه القبـول، فتستنبط من ذلك أن الإيجاب وحده لا يتم به للوصية وجودها.

وبالنظر في هذين النوعين من المسائل، يرى أن اليـأس من الرد متحقق فيهـما جميـعا عند الحكم بثبوت الوصـية وتمامها، فـإنه في النوع الأول منها ثابت مع انعدام القبول، وقد تمت فيه الوصية بمجرد الموت مع تحقق اليأس من الرد - وفي النوع الثاني منها ثابت بعد قبـول الموصى له الوصية لا قبله، وقد تمت فيه الوصية بالقبـول المحقق لليأس من الرد، وعلى ذلك يمكن أن نستنبط من ذلك أن ركن الوصيـة الذي تتحقق به في كل هذه المسـائل هو اليأس من الرد، لثبوته في النوعين على ما بينا.

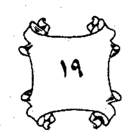
ولست أرى أن ما انتـهى إليه الكاساني مقبـولا؛ لأن اليأس من الرد إذا كان ركنا آخر للوصية - وهي عقـد بين طرفين صدر من أحدهما الإيجاب - وجب أن يكون الركن الآخر لهـا وهو اليأس من الرد قائمـا بالطرف الآخر،



حتى تكون الوصية قد تمت بين طرفين باختيارهما، وهذا غير متحقق في اليأس من الرد، لأنه معنى باطنيٌ يقوم بورثة الموصي أو بمن يعرض عليه أمر الوصية من القضاة، وليس عملا ولا اختيارا من الموصى له الذي هو الطرف الآخر في العقد، بل قد يكون غير أهل لذلك بالمرة، كما إذا كان حملا، وكما إذا كان الموصى له جهة خيرية، وبذلك يتبين أن الوصية مصدرها طرف واحد من طرفيها، وليس ذلك حكم العقود التي تصدر بين طرفين، إذ الواجب فيها أن يكون من كل طرف فيها ركن. ثم كيف يكون المعنى القائم بالنفس - وهو أمر باطني عرضي - جزءا من عقد وجودي؟. وإلى هذا فليس يلزم من وجود الوصية عند تحقق اليأس من الرد وعدم وجودها عند عدمه أن يكون اليأس من الرد ركنا، بل يصح أن يكون لذلك شرطا؛ ولهذا يرجح في نظري أن القبول أو اليأس منه ليس بركن.

أما ما ذهب إليه بعض الحنفية وغيرهم من أن القبول أو اليأس شرط لتحققها فينفيه أيضا أنها تتحقق بدونه في بعض صورها كما تقدم، والمشروط لا يتحقق بدون شرطه، وإلا لم يكن شرطا، وسيأتي بيان تفصيلي لذلك. وقد يقال إن القبول ليس شرطا لها، بل الشرط هو اليأس من الرد، فلا بد من تحققه لثبوت الملك بها أو لترتب الأثر عليها، وإذن يكون المناسب لذلك أن يكون شرطا لنفاذها، لا شرطا لوجودها، ولا شرطا لصحتها، كما نقله القهستاني عن الذخيرة في القبول، وجملة القول أن الحنفية يرون أن القبول شرط لنفاذ الوصية لمن يتأتى منه القبول كما تفيده عباراتهم، وإذا نفذت لزمت، وعلى ذلك يكون شرطا لنفاذها ولزومها في هذه الحالة.

والذي يظهر لي أن الحنفية لا يرون أن يدخل شيء في ملك إنسان بلا رضاه، إذ ليس لأحد سلطان على أن يملك شخصا جبرا عنه، وعلى ذلك إذا كان الموصى له شخصا ذا إرادة معتبرة سواء أكانت تلك الإرادة له شخصيا أم لوليه فإنه لا يتملك شيئا بدون اتجاه إرادته إلى ذلك، ولو بواسطة وليه، وعلى هذا ففي هذه الحال يشترط للتملك بواسطة الوصية القبول منه أو من



وليّه. أما في غير ذلك فلا يشترط القبول ويتملك بمجرد الإيجاب، وعلى ذلك يكون من شروط نفاذ الوصية قبولها إذا كان الموصى له ممن يتأتى منه القبول إذا كانت تمليكا.

وقد نقل الحنفية في كتبهم أنه إذا مات الموصي مصرا على وصيته خرج الموصى به من ملكه ولم يدخل في ملك أحد، حتى يقبل الوصية الموصى له، فإذا قبلها دخل في ملكه من وقت وفاة الموصي، وإذا ردها دخل في ملك ورثة الموصي من وقت وفاته، نقل ذلك صاحب الأشباه عن التهذيب(١).

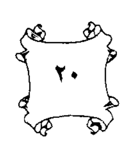
ويظهر أنه في هذه الحال يكون مالا تتعلق به حقوق للورثة وحقوق للموصى له لا على وجه التعيين، وبقبول الموصى له أو رده تتبين تلك الحقوق، وليس المعنى أنه يكون سائبة في هذه الفترة.

وفي بعض كتب الحنفية وبخاصة كتب أصول الفقه أن الموصى به في الفترة بين وفاة الموصي وقبول الموصى له يبقى على حكم ملك الموصي لحاجته إليه في تنفيذ وصيته، فإذا قبل الموصى له تملك الموصى به ملكا مستندا إلى وقت الوفاة، وإذا رد تملكه الورثة ملكا مستندا إلى ذلك الوقت «راجع التحرير للكمال بن الهمام في عوارض الأهلية من الجزء الثاني»(٢)، وهذا في الواقع اعتبار دعت إليه الضرورة، فيتقدر بقدرها، كما يتبين ذلك فيما يلي من المسائل، وعلى ذلك قالوا إن زوائد التركة المدينة في الفترة بين وفاة المدين وقبل سداد الدين ملك للورثة، لأنها نماء ملكهم لا تركة، حتى لا تتعلق بها حقوق الدائنين. إذ لو روعي أن التركة على حكم ملك الميت في هذه الفترة من كل وجه لكانت تركة تتعلق بها الديون.

---

(١) راجع الحموي على الأشباه ص ١٢٦ من الفن الثاني.

(٢) ومما فرع على هذا أنه إذا أوصى رجل بداية لإنسان غائب فتوفي الموصي حال غيبته كانت نفقتها في التركة، فإن حضر الغائب فقبل رجع الورثة عليه بالنفقة إن اتفقوا بأمر قاض حتى لا يكونوا متبرعين، وإن لم يقبل كانت الدابة لهم، عليها نفقتها في المدة الماضية، ذكر ذلك صاحب الولوجية ونقله الحموي في الفن الثالث ص ٢٠٣.



وهذا الوضع أقرب إلى القبول من سابقه، إذ ليس من المعهود أن يكون المال فيما بين انتقاله من ملك المُوصي إلى ملك الموصى له غير مملوك لأحد، وعلى كل فنتيجة القولين في التطبيق واحدة، وإنما الخلاف في التكييف، وهو تكييف لا يراد منه إلا رد الأحكام إلى أصول معروفة ضابطة.

رأي المالكية:

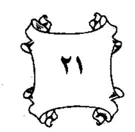
يرى المالكية أن الوصية إذا كانت للفقراء ومن في حكمهم ممن يعد غير محصور - وهي ما يعبرون عنها بالوصية لغير معين - فإنها تتم بموت الموصي، ولم يشترط فيها قبول لا لتمامها ولا لصحتها ولا لنفاذها.

أما إذا كانت لمعين ففي قبولها اختلفوا: ذهب بعضهم إلى أن الملك فيها يثبت للموصى له بموت الموصي مصرا عليها دون توقف على قبول من الموصى له، وإلى هذا مال كثير من فقهاء المالكية كخليل في مختصره - غير أن كثيرا ممن اعتنق هذا الرأي قالوا: إن القبول يكون حينئذ شرطا في لزومها للموصى له وتنفيذها، وليس شرطا في صحتها، لأنها صحيحة مطلقا، ولا شرطا في إفادتها الملك(١).

أقول: ومقتضى هذا الرأي أن الملك يثبت للموصى له بموت الموصي ولكن يكون له الرد وذلك ما ذهب إليه جمهور الزيدية كما سيأتي ذلك، لأنها لا تلزم ولا تجب له عند الموت إلا بقبوله، ويترتب على تملكه الموصى به ما يترتب على ثبوت الملك من آثار، كوجوب الإنفاق على العين الموصى بها، وتملك زوائدها ومنافعها، وعلى هذا الرأي يكون الإيجاب هو الركن فقط، ولا يكون القبول ركنا بل ولا شرطا في صحتها. وإذن فمرادهم بقولهم إن القبول شرط في لزومها وتنفيذها - إن إخراج الموصى به من التركة جبرا عن الورثة وتسليمه إلى الموصى له يتوقف على قبوله وطلبه، وليس مرادهم بالتنفيذ النفاذ الذي هو ترتب أثر الوصية عليها، بدليل قولهم بعد: أنه ليس شرطا في إفادتها الملك.

---

(١) راجع أول باب الوصية من الشرح الكبير للدردير والخرشي.



وقد ذكر الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير للدردير أن من المالكية من يرى أن الملك في الوصية يثبت للموصى له بقبوله إياها من وقت حدوثه.

وظاهر هذا القول أنه يكون ركنا لأن ذلك هو الشأن في عقود التمليك. وخلاصة آراء المالكية في الوصية مستخلصة مما ذكره الحطاب والمواق والخرشي والشيخ عليش[1] في منح الجليل أن لهم في سبب ثبوت الملك فيها رأيين: **أحدهما** أنه يثبت بالموت، **وثانيهما** أنه يثبت بالقبول.

والذين ذهبوا إلى أنه يثبت بالموت **ثلاث طوائف:**

١- طائفة ترى أنه يثبت للموصى له بمجرد الموت ثبوتا لازما كما في الميراث بالنسبة إلى الوارث. فلا يتوقف على قبول ولا يرتد بالرد، فإذا توفي قبل أن يقبل كان الموصى به لورثته، وهذا ما ذهب إليه زفر في إحدى الروايتين عنه كما ذكرنا.

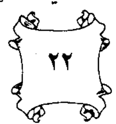
٢- وطائفة ترى أنه يثبت بالموت، ولكن القبول شرط في لزومها وتنفيذها للموصى له، وهذا ما شرحناه أولا.

٣- وطائفة ترى أنه يثبت بالموت بشرط القبول، أي أن القبول شرط في ثبوت الملك عند الموت بناء عليها، فإذا قبل الموصى له ظهر أن الملك قد ثبت له من وقت وفاة الموصي، وإذا ردها ظهر أن الملك كان لورثة الموصي من وقت وفاته، وهذا الرأي كرأي أبي حنيفة وصاحبيه، والفرق بين هذا الرأي الأخير وسابقه أن الملك على هذا القول لا يثبت إلا بشرط تحقق القبول ولو بعد ذلك. وعلى القول الآخر يثبت الملك من غير قبول. والقبول شرط في لزومها وتنفيذها. ومعنى قولهم أن الملك فيها يثبت بالموت هو أن الملك في الوصية يثبت بها عند الموت لا أن الموت هو السبب في ثبوته.

ثم إن أصحاب الرأي الأخير فريقان:

---

(١) أي في مواهب الجليل والتاج وشرح الخرشي ومنح الجليل على الترتيب.



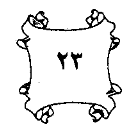
فريق يرى أن القبول للموصى له فقط ولا يورث عنه، فإذا توفي قبل أن يقبل بطلت الوصية - وهذا قول يخالف ما في المدونة.

وفريق يرى أن حق القبول ينتقل بالوراثة إلى ورثة الموصى له إذا توفي قبل أن يقبل. وعندئذ لا تبطل الوصية بوفاته، وكان قبولها حينئذ لورثته وردها إليهم كما يظهر من عبارة الحطَّاب.

ويظهر لي من عبارة الدسوقي أن الملك يثبت لهم بقبولهم ابتداء لا وراثة عن الموصى له. ذلك لأنه ينقل عن فقهاء المالكية أن الورثة لا يرثون القبول إذا تبين أن الموصي قد أراد بالوصية الموصى له بعينه - إذ لو كان تملكهم بالوراثة عن الموصى له لم تمنع تلك الإرادة وراثة القبول، لأن الوصية ستكون لمن أراده الموصي[1]. وإنما قامت الورثة مقامه في القبول بطريق الخلافة، وذهب آخرون إلى خلاف ذلك.

والرأي الثاني: أن الملك في الوصية يثبت بالقبول من وقته، وظاهره أن القبول حينئذ ركن من أركان الوصية، إذ قد نص فيه على أن أثرها وهو الملك يثبت بالقبول من وقته، وليس المعنى فيه أن يثبت بالقبول وحده دون الإيجاب، بل المعنى أن سبب ثبوته هو مجموع الإيجاب والقبول، فإذا حدث الإيجاب من الموصي لم يترتب عليه وحده الملك، حتى إذا حدث القبول ترتب الملك عنده عليهما، وإذا كان السبب وهو الوصية مركبا منها كان القبول ركنا لها. وهذا الرأي يستلزم عدم وراثة القبول، وإلا لثبت الملك ابتداء للوارث عند قبوله بعد وفاة مورثه، إذ لا يتصور أن يثبت ملك للموصى له بقبول وارثه بعد وفاته، لأنه لا يثبت ملك لميت، وثبوته للوارث ينفيه أن الموصي لم يرد الوصية له، وإنما أراد أن يوصي لمورثه فلا يثبت الملك لغير من أراد المملك إثبات الملك له. ويؤيد هذا ما جاء في الخرشي وغيره من أن ورثة

(١) راجع الدسوقي على الشرح الكبير جـ٤ ص ٤٢٤.



الموصى له لا يقومون مقامه في قبول الوصـية عند موته قبل القبول إذا ما تبين بوجه من الوجوه أن الموصي إنما أراد بوصيته الموصى له بعينه[1].

رأي الشافعية:

ويرى الشافعية كغيـرهم أن الوصية إذا كانت لجهة ليست أهلا لأن تملك كالـفقراء والعـلماء لعـدم حصرهـم لزمت وتمت عند الموت دون توقف على القبول من أحد، وإذن فلا يكون القـبول شرطا. وفي هذه الحال يكون ركنها الإيجاب المضاف إلى ما بعد الموت فقط.

وإن كانت لمعـين هو أهل لأن يملك اشترط فـيهـا القبـول، وذلك أحد قولين عندهم إذا ما كانت لمعين.

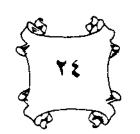
ففي الوجـيز للغـزالي أنها إذا كانت لمعين كـان فيـها قولان: أحـدهما اشتراط القبـول، وثانيهما ثبوت الملك فيهـا بالموت بدون توقف على القبول، وعلى هذا القـول الأخـيـر لا ترتد برد الموصى له، كـالمـيـراث لا يرتد برد الوارث، وهو قول لبعض المالكية كما تقدم.

وعلى القول الأول الذي يشترط القبول يـكون الملك قبل حصول القبول موقوفا، إذ لا جائز أن يكون الموصى به ملكا للموصي لأنه ليس أهلا للملك بعد مـوته، ولا ملكا لورثته لأن الوصيـة مقدمة على الميـراث بنص الكتاب، ولا ملكا للموصى له لأنه يقبل منه حينئـذ رد الوصية، ولو ملك لم يقبل منه رد بعد أن يملك كالميراث، فتعين لذلك أن يكون أمر الملك موقوفا - فإذا قبل الموصى له تبينا أن الملك ثابت له من وقت الموت، وإن رد تبـينا أنه كان لورثة الموصي من ذلك الوقت - وهذا رأي ذهب إليه الحنفية وبعض المالكية.

وأصحـاب هذا الرأي يرون أن حق القبـول ينتقل بوفاة المـوصى له قبل قبوله إلى ورثته، حتى أنهم أثبتـوه للإمام باعتبار أنه القيم على بيت المال، إذ انحصر ميراث الموصى له في بيت المال.

---

(١) راجع الخرشي ص ٢٠٣.



وفي هذه الحال إذا قبل الوارث الوصية بعد وفاة الموصى له «مورثه» كان الموصى به تركة لمورثه، ولا يثبت الملك لـه ابتداء. وبناء على ذلك تقضى منه ديون الموصى له وتنفذ منه وصاياه[1].

ومنه يظهر أن الشافعـية يعتبرون الوارث في قبوله الوصـية خليفة لمورثه الموصى له، ولكنهم يجـعلونه خليفـة عنه فيـما يخـصه بحسب المـيراث من الموصى به، فـإذا كـان ورثة الموصى له ابنين كـان لكل منهـما قـبـول نصف الموصى به[2]، إذ إن عبارتهـا صريحة في أن قبول الوصـية يتوزع على الورثة كل بحسب ميراثه. فالمقبـول من الموصى به يعتبر تركة للموصي، ولكن على أن يختص كل قابل بمقدار ما قبل، وهو إنما يقبل في حدود ما يخصه بحسب ميراثه لا يتجاوزه، وعندئذ تنفذ فيه وصايا الموصى له وتوفَّي منه ديونه بقدر ما يخص القـابل من الديون والوصـايا فقط، لا ديـون المورث كلها ولا وصـاياه جميعا، وذلك بناء على ما ذهب إليه الشافعية من أن لكل وارث أن يقوم بسداد ما يخصه من الديون وبتنفيذ مـا يخصه من الوصايا المرسلة، وأنه إذا فعل ذلك سلمت حصته في التركة من الحقوق.

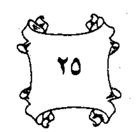
ويظهر لـي أن الرأي الذي يجعل القـبول شرطا قـد بني على أن الملك يثبت بالوصية عند الموت بشرط القبـول وهو رأي جمهرة الحنفية. وليس المراد به أنه يثبت بالموت لأن الموت ليس سببا من أسباب الملك في هذه الحال.

وروي عن الشافعي قول ثالث وهو أن الملك يثبت بالقبول من حينه وقد ذكره ابن قدامـة أيضا في مغنيه وهو رأي لبـعض المالكية كذلك كـما قدمنا، وهو يميل إلى أن القبول ركن من أركان الوصـية وإن لم يصرح أصحابه بذلك كما ذكرنا في شرح مذهب المالكية.

---

(١) راجع نهاية المحتاج جـ٦ ص ٦٦.

(٢) راجع التحفة وحواشيها جـ٧ ص ٣٨.



رأي الحنابلة:

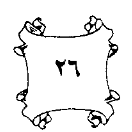
ذهب جمهور الحنابلة إلى أن الوصية إذا كانت لمعين يتأتى منه القبول لم يملك إلا بالقبول، فإذا قبل ثبت الملك له من حين القبول وهو الصحيح في المذهب، وقد صرح بذلك ابن قدامة في كتابه المغني(1). وذكر أنه قول مالك وأهل العراق وروي عن الشافعي، وقد صرح به في الشرح الكبير حفيده، كما يفيد أن معنى هذا هو أن القبول شرط لثبوت الملك للموصى له وليس يراد به ظاهره وهو أن القبول سبب للملك، وعلى هذا يثبت الملك بالوصية إذا ما تحقق شرط ذلك وهو القبول، وإذن فلا يثبت إلا عند تحقق هذا الشرط.

وذكر أبو الخطاب أن الموصى له إذا قبل الوصية تبين أن الملك قد ثبت له من وقت موت الموصي، وهو رأي الشافعي وأبي حنيفة وبعض المالكية، ومقتضاه أنه يرى أن القبول شرط أيضا، وأن الملك يثبت مستندا إلى وقت الموت عند تحقق الشرط وهو القبول، ووجهه أن ما توقف انتقاله على القبول يجب أن ينتقل من جهة الموجب عند الإيجاب كالهبة. والإيجاب في الوصية مضاف إلى ما بعد الموت، فيثبت الملك عقب الموت، وذلك لأنه لا يجوز أن يثبت الملك فيه للوارث عند الموت، وذلك لقول الله تعالى في سهام الورثة: ﴿... مِّنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ...(١٢)﴾ [النساء]، ولا يجوز أن يستمر الملك للميت، لأنه صار جمادا ليس أهلا لأن يملك، فوجب لذلك أن يكون للموصى له من حين الموت، وهو الوقت المضاف إليه الإيجاب في الوصية.

ويرى الحنابلة - على القولين أن قبول الوصية ينتقل بالوراثة إلى ورثة الموصى له إذا ما توفي قبل أن يقبل. وإذا تعدد الورثة فقبل بعضهم ورد بعضهم فإن الوصية تلزم في حصة من قبل بحسب الميراث وتبطل في حصة من رد كما ذهب إلى ذلك الشافعية.

---

(1) جـ٦ ص ٤٤١.



وعلى القول الأول الصحيح من المذهب يثبت الملك عند قبول الوارث الوصية لمن قبل من الورثة ابتداء، كل في قدر ما يخصه من الميراث إذا قبلوها جميعا، ويرى أبو الخطاب أن الملك إنما ثبت للموصى له ابتداء من حين وفاة الموصي إذا ما قبل وارثه الوصية. وجاء في المغني: إذا مات الموصى له فقبل وارثه ثبت الملك للوارث القابل ابتداء من جهة الموصي لا من جهة مورثه، ولم يثبت للموصى له شيء، وحينئذ لا تقضى ديونه ولا تنفذ وصاياه من الموصى به وهذا هو الصحيح من المذهب.

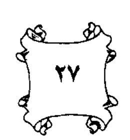
ومنه يظهر أن الذي انتقل بالوراثة إلى ورثة الموصي إنما هو حق تملك الموصى به بقبوله، وبناء على ذلك ثبت الملك لهم ابتداء، ثم قال صاحب المغني: وعلى القول الآخر يتبين بقبول الوارث أن الملك كان ثابتا للموصى له «مورثه» وأنه انتقل منه إلى وارثه فتقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه كما ذهب الشافعية.

وعلى هذا يكون الحق الذي انتقل بالوراثة إلى ورثة الموصى له على هذا القول إنما هو حق قبول الوصية فقط لا حق تملكها؛ ولذا ثبت الملك لمورثهم. وفرق بين حق التملك بالقبول وحق القبول نفسه، ونقل صاحب كتاب الفروع عن الحلواني عن بعض الحنابلة أن الموصى له يملك الوصية بموت الموصي من غير حاجة إلى القبول كما في الميراث، وعليه لا يكون القبول ركنا ولا شرطا كما يظهر، وهو قول لبعض المالكية. ولكن الصحيح عند الحنابلة أنه شرط، ويثبت الملك من وقته لا من وقت الموت.

وأما إذا كانت الوصية لغير محصور أو لجهة خيرية فإنها تلزم عندهم بمجرد الموت، ولا تفتقر إلى قبول أحد اتفاقا[1].

---

(١) راجع المغني جـ٦ ص ٤٤٠ وما بعدها والشرح الكبير جـ٦ ص ٤٤٢ وما بعدها والفروع جـ٢ ص ٩٣٨.



مذهب الزيدية:

ويرى الزيدية أن الوصية لا تفتقر إلى قبول إذا كانت لغير معين إجماعا، وكذلك الحكم إذا كانت لمعين يتأتى منه القبول ولكنها عند ذلك تبطل برده، ومعنى ذلك أن الملك يثبت بها للموصى له قبل قبوله غير لازم فله أن يرده، وهذا قول الناصر ويحيى بن حمزة بن علي والمؤيد أحمد بن الحسين. قالوا: لأنها تشبه الميراث لحصول الملك بها عند الموت، وتشبه الهبة من ناحية أنها تمليك بالمجان، فكان حكمها بين حكمي الهبة والميراث، فلم تتوقف على القبول كالميراث، وبطلت بالرد كالهبة، وقد ذكرنا مثل هذا عن المالكية.

ومن الزيدية من ذهب إلى أنها تتوقف على القبول إذا كانت لمعين يتأتى منه القبول. وعلى هذا الرأي إذا توفي الموصى له قبل أن يقبل بطلت الوصية بموته وكان الموصى به ملكا لورثة الموصي(١) وعلى هذا لا يرث الوارث حق القبول عند الزيدية، وفي المنتزع من كتب الزيدية أنها لا تتوقف على القبول مطلقا ولكن تبطل بالرد(٢).

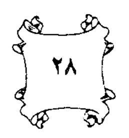
مذهب الشيعة الجعفرية:

جاء في تحرير الأحكام: أن الوصية عقد مفتقر إلى إيجاب وقبول - ومثل ذلك في كتاب شرائع الإسلام - ثم ذكر صاحب تحرير الأحكام عقب ذلك: ولا يملك الموصى له الوصية إلا بالقبول إن كانت لمعين يمكن القبول منه، وإن كانت لغير معين كالفقراء وبني هاشم أو على مسجد أو حج لم تفتقر إلى القبول، ولزمت بمجرد الوفاة، وينتقل الملك بها إلى الموصى له أ هـ. ولم يبين صاحب التحرير ما إذا كان قد ذكر هذا القول الأخير تقييدا وبيانا للقول الأول، أم أن في المذهب رأيين، رأي بأنها تفتقر إلى الإيجاب

---

(١) راجع البحر الزخار جـ٥ ص ٣٠٥.

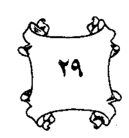
(٢) راجع المنتزع جـ٤ ص ٤٩٢.



والقبول دائما لأنهـا عقد من العقود. ورأي بأنها لا تفتـقر إلى القبول إلا إذا كانت لمعين يمكن منـه القبول. أما إذا كـانت لغيره لم تفـتقر إلى قـبول وتتم وتلزم بمجرد الموت؟

وجاء في جواهر الكلام شـرح شرائع الإسلام: أن بعض فقهاء الشـيعة كالفاضل وغيره صـرحوا بأن الوصية لغير معين كالفـقراء وبني هاشم أو لجهة كالمسجد من الوصية التمليكية وأنهـا لا تحتاج إلى قبول مطلقا - أو تحتاج إلى قبول من الناظر أو من الحـاكم لكونها عقدا يفتقر إلـى الإيجاب والقبول، ثم قال صاحب هذا الشرح: إن إطلاق شرائع الإسـلام وغيره من الكتب يقتضي أن لا فرق بين الوصية لمـعين والوصية لغيره في الاحتيـاج إلى القبول، ولكن لم يصرح بذلك أحد في الوصيـة، وإن صرح به بعضهم في الوقف. ثم نقل عن بعض المصنفـات أن الوصيـة لغـير مـعين لا تحتـاج إلى قبـول الناظر أو الحاكم، وأن الفتوى على ذلك.

وعلى ذلك يظهـر أن في المـذهب رأيين: رأي يقـضي بأن لا فـرق بين الوصية لمعين والوصيـة لغير معين في حاجتها إلى القـبول، لأنها عقد. ورأي يقضي بأنها لا تحـتاج إلى قبول إذا كانـت لغير معين، وتحتـاج إليه إذا كانت لمعين، وقـد انتصـر صاحب جـواهر الكلام للرأي الثـاني وإن قال أنه يقـبل المناقشة لأن تعليله بعدم إمكان القبول عندما تكون الوصية لغير معين منقوض بإمكان القبول في هذه الحال من الناظر والحاكم. وهذا مـا قد يفيد قوة الرأي الآخر، وبخـاصة إذا لوحظ أن متـقدمي الفقـهاء منهم قد أطلقـوا القول في اشـتراط القـبـول ولم يصـرحوا فـي هذا الموضوع خـاصـة بشيء. وأن من متـأخريهم من ذهب إلى اشتـراط القبول عند الوصـية لغيـر معين ويكون من الناظر أو الحاكم.



مذهب الإباضية:

وذهب الإباضية من الخوارج إلى أنها إذا كانت لغير معين أو لمن لا يتأتى منه القبول كالطفل لم يشترط لتمامها القبول قولا واحدا وهو قول الحنفية - أما إذا كانت لمن يتأتى منه القبول ففيها ثلاثة أقوال. **أحدها** اشتراط القبول، فلا تصح إلا به لأنها حينئذ عطية فلا تصح إلا بقبول وإحراز كالهبة، وعليه يكون القبول ركنا.

ثانيها: عدم اشتراطه فلا يتوقف تمامها عليه لأنها قربة إلى الله تعالى، فتتم بإيجاب المتقرب ووفاته.

ثالثها: أنها تنفذ بلا قبول ما لم يردها الموصى له، فإن ردها بطلت وعاد المال إلى ورثة الموصي[1] وهو رأي لبعض الزيدية كما تقدم؟.

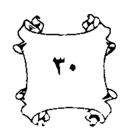
خلاصة الآراء السابقة:

وخلاصة القول أن للفقهاء في الوصية ثلاثة مذاهب:

الأول: أن الوصية تتم بإيجاب الموصي المضاف إلى الموت، فيثبت الملك بها عند موت الموصي للموصى له ولا تتوقف على قبول من أحد في جميع أحوالها. وركنها على هذا القول هو الإيجاب وحده وأصحاب هذا المذهب فريقان:

١- فريق يرى أن الملك الثابت بها للموصى له ملك لازم، فلا يملك رده كالوارث لا يملك أن يرد الميراث. وإلى هذا ذهب زفر في رواية عنه وبعض المالكية وبعض الشافعية، وهو قول لبعض الحنابلة وبعض الإباضية من الخوارج - وملك الموصى له على هذا الرأي ملك بطريق الخلافة.

(١) راجع شرح النيل جـ٦ ص ٢١٢.



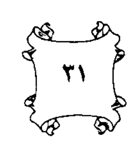
٢- وفريق يرى أن الملك الثابت بها ملك غير لازم وللموصى له حق رده، وإلى هذا ذهب جمهور الزيدية وكثير من المالكية وهو رأي عند الإباضية من الخوارج.

ويتفرع على هذا المذهب أن نفقات الموصى به من وقت موت الموصي تكون على الموصى له ويكون له نماؤه وزياداته ومنافعه لأنه هو المالك له منذ ذلك الوقت - وعلى ذلك ينتقل الموصى به إلى ورثة الموصى له إذا ما توفي قبل أن يقبل لأن بعض ماله.

الثاني: أن الوصية إذا كانت لمعين يتأتى منه القبول لا تتم ولا تنشأ إلا بالإيجاب من الموصي والقبول من الموصى له - وعلى ذلك يكون القبول ركنا وإلى هذا ذهب بعض المالكية وهو رواية عن الشافعي ونسبه الكاساني إلى أبي حنيفة وصاحبيه كما تقدم - وهو قول عند الإباضية من الخوارج.

والقائلون بذلك من المالكية والشافعية والإباضية يرون أن الوصية تبطل بوفاة الموصى له قبل قبوله. كما يرون أن الملك بها إنما يثبت من وقت القبول - أما الإمام وصاحباه فالمعروف من مذهبهم أن الوصية تتم بمجرد الوفاة إذا ما توفي الموصى له بعد وفاة الموصي قبل أن يقبل أو يرد - إذ يظهر بذلك أنها قد تمت بالموت - وهذا وجه آخر يبطل ما نسبه الكاساني إلى الإمام وصاحبيه لأنهم إذا كانوا يرون أن القبول من الموصى له ركن لزم ذلك أن الوصية تبطل بوفاة الموصى له قبل القبول لانعدام الركن بوفاته حينئذ - وكذلك يرى مع هذا أن المعروف من مذهبهم أن الملك يثبت بها للموصى له من وقت الموت وإن كان القبول متأخرا عنه، وهذا ينفي أن القبول ركن، إذ كيف يثبت الأثر قبل تمام سببه؟.

ويتفرع على هذا المذهب عند من ذهب إليه من المالكية والشافعية والإباضية أن نفقات الموصى به في الفترة بين موت الموصي وقبول الموصى له تجب في التركة كما تعد زوائده ونماؤه في هذه الفترة من التركة، ولا يقول



الحنفية بهذا، وذلك لأنهم يثبتون الملك للموصى له من وقت الموت، فتكون نفقات الموصى به في هذه الفترة عليه، كما تكون له زوائده ومنافعه.

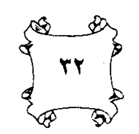
الثالث: أن الإيجاب بالوصية ركن لها، وأما القبول فليس بركن ولكنه شرط.

وأصحاب هذا المذهب فريقان:

أ- فريق يرى أنه شرط في ثبوت الملك بالوصية للموصى له ما دام ممكنا، على خلاف بينهم في إمكانه بالنسبة إلى الحمل والمنشآت والجهات التي لها من يلي عليها ويمثلها كما سيأتي بيانه - أما إذا لم يكن ممكنا فلا يكون شرطا في ثبوت الملك بها بل يثبت الملك بها للموصى له عند موت الموصي، وهذا الفريق طائفتان:

١- طائفة تثبت الملك بها إذا تحقق القبول مستندا إلى وقت الموت، وهو مذهب الجمهور من الحنفية والجمهور من الشافعية وبعض المالكية والحنابلة فإذا قبل الموصى له الوصية وكان ذلك بعد وفاة الموصي ملك الموصى به ملكا مستندا إلى وقت وفاة الموصي. وكان ملكا لازما لايملك رده بعد ذلك. وإذا توفي قبل أن يقبل أو يرد فإن الحنفية يذهبون إلى أن الوصية تتم - أو يظهر أنها قد تمت - فيثبت بها الملك للموصى له مستندا إلى وقت وفاة الموصي أيضا، وعلى ذلك ينتقل الموصى به إلى ورثة الموصى له بالوراثة، ولا تحتاج حينئذ إلى قبول منهم.

أما الشافعية والحنابلة الذين ذهبوا هذا المذهب فإنهم يرون أن الوصية لا تبطل بوفاة الموصى له في هذه الحال، وإنما ينتقل القبول والرد إلى ورثته فإذا قبلوا بعد وفاة الموصى له - «وهو مورثهم» تمت الوصية بقبولهم، وعندئذ يثبت الملك للموصى له «مورثهم» من وقت وفاة الموصي، فيكون الموصى به من تركته على ما شرحناه فيما سبق عند بياننا لمذهب الشافعية وأبي الخطاب ومن ذهب مذهبه من الحنابلة.

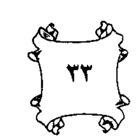


أما المالكية الذين ذهبوا هذا المذهب فمنهم من يرى أن الوصية في هذه الحال تبطل بوفاة الموصى له قبل القبول والرد منه لانعدام شرطها الذي يتوقف عليه ثبوت الملك بها. ومنهم من لا يرى ذلك ويرى أنها لا تبطل ولكن ينتقل حق القبول والرد إلى ورثة الموصى له بعد وفاته، كما ذهب إلى ذلك الشافعية، وبعض الحنابلة الذين ذهبوا هذا المذهب، غير أنهم لا يرون رأي الشافعية وبعض الحنابلة في ثبوت الملك للموصى له بقبول ورثته، وإنما يرون أن الملك بها في هذه الحال إنما يثبت للورثة ابتداء بقبولهم لا وراثة عن الموصى له، وعلى ذلك لا يعد الموصى به من تركة الموصى له، فلا تقضى منه ديونه ولا تنفذ وصاياه على ما بيناه في ما سبق.

وبناء على ما بينا من أن الملك يثبت للموصى له من وقت وفاة الموصي عند أصحاب هذه الآراء فإن ما يترتب على ذلك هو عين ما ترتب على المذهب القاضي بتمام الوصية بمجرد وفاة الموصي. وذلك لثبوت الملك بها للموصى له عند الموت على الرأيين.

٢- وطائفة أثبتته بالقبول من وقته لا من وقت وفاة الموصي، فيثبت الملك للموصى له بقبوله من وقت قبوله، فإن توفي قبل أن يقبل أو يرد فقام مقامه في القبول والرد ورثته، فإذا قبلوها ثبت الملك لهم بقبولهم من وقت أن قبلوا، ويتملكون ابتداء بالوصية لا وراثة عن الموصى له، وعلى ذلك لا يكون الموصى به تركة للموصى له وهذا هو ما ذهب إليه جمهور الحنابلة وهو الصحيح عندهم كما قدمنا، ويترتب على هذا الرأي ما يترتب على القول بأن القبول ركن وأن الملك يثبت بالوصية من وقته.

وفريق آخر يذهبون إلى أن الملك يثبت بالوصية عند الموت للموصى له دون توقف على قبوله، ولكن قبوله إياها شرط في وجوب الوصية له وتنفيذها في التركة جبرا لا شرط في صحتها ولا في إفادتها الملك - وإلى هذا ذهب جمهور المالكية وهو المشهور عندهم ومقتضاه أن الوصية قبل قبولها



صحيحة يترتب عليها أثرها وهو الملك - جاء في متن خليل وشرح الدردير عليه «الشرح الكبير» وذلك مع تصرف أريد به الإيضاح.

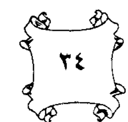
وقبول الموصى له البالغ الرشيد المعين «من قِبَل الموصي» بعد الموت شرط في وجوبها وتنفيذها. والملك حينئذ للموصى له من حين الموت ولو تأخر القبول عنه. لأنه بالقبول تبين أنه قد ملك من وقت الموت.

وقال المواق في التاج الإكليل:

إذا مات الموصى له (المعين) قبل القبول وبعد موت الموصي فهي - أي الوصية - كالشفعة والخيار. ولورثة الموصى له الرد والقبول. قاله في المدونة.

أقول: وثبوت هذا الخيار لورثة الموصى له في الرد والقبول يحتمل أن يكون مع ثبوت الملك لهم ملكا غير لازم، وقد انتقل إليهم ملك مورثهم بالوراثة عند وفاة مورثهم «الموصي له»، وقد كان ملكه هذا غير لازم بالنسبة له على ما عليه أكثر المالكية - ويحتمل أن يكون مع عدم ثبوت الملك لهم ويكون ثبوته لهم موقوفا على قبولهم الوصية، إن قبلوا ثبت لهم، وإن لم يقبلوا لم يثبت. وذلك على ما عليه بعض المالكية من أن الملك بالوصية يتوقف على القبول.

والاحتمال الأول هو الأقرب إلى دلالة العبارة والأظهر. وإذا رجعنا إلى عبارة المدونة وجدنا نصها كما يأتي ويكاد يكون صريحا في دلالته على الاحتمال الأول: سألت مالكا عن رجل أوصى لرجل غائب فماتا جميعا ولم يعلم الغائب بالوصية وقد مات الموصي قبل موت الموصى له: قال مالك: ورثة الموصى له مكانه والوصية لهم. قلت: هل لهم أن يردوها أو لا يقبلوها؟. قال: نعم لهم ذلك. قلت: أسمعته عن مالك؟ قال: لا. ولكن ذلك لهم. فلهم أن يردوا أو يقبلوا لأن مالكا قال في الشفعة: إذا مات من له الشفعة فإن ورثته مكانه. لهم الشفعة. فإن أرادوا ألا يأخذوها فذلك لهم. وكذلك الخيار في البيع. انتهت عبارة المدونة، وهي تدل على أن وضع المسألة



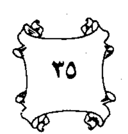
في موصى له توفي قبل أن يقبل أو يرد وذلك لقول المدونة: إن الموصى له لم يعلم بالوصية، وعلى أن مالكا أفتى بأن ورثة الموصى له مكانه، وبأن الوصية لهم، وظاهر هذه العبارة أنهم تملكوا الوصية بالوراثة وذلك لقوله: إن الوصية لهم، ولقوله: إنهم مكانه، وقد تملك الوصية قبل وفاته على القول المشهور الذي يقضي بأنها لا تتوقف على القبول، وبأن القبول شرط في لزومها وتنفيذها لا في إفادة الملك بها - إلا أن ذلك الملك ملك غير لازم كملك مورثهم؛ ولذا قال مالك: فلهم أن يردوها أو يقبلوها كوارث الشفيع ووارث الخيار له القبول والرد بعد وفاة مورثه - وهذا ما ذهب إليه الزيدية إذ يذهب أكثرهم إلى أن الملك يثبت للموصى له بالوصية عند وفاة الموصي مصرا عليها دون توقف على قبول الموصى له، ولكنه يكون غير لازم فله أن يرده وعندئذ تبطل الوصية ويرد الموصى به إلى الورثة.

بحث فيما تقدم من الآراء

هذه آراء الفقهاء فإذا ما نظرنا إليها نظرة مستوعبة رأينا أن جمهورهم يجعلون للوصية حقيقتين مختلفتين: إحداهما تتوقف على القبول باعتباره ركنا أو شرطا وهي الوصية لمن يتأتى منه القبول. والأخرى لا تتوقف عليه مطلقا وهي الوصية لغير من لا يطلب إليه القبول.

وهذا لا يرد على ما ذهب إليه القائلون بأن القبول ليس بشرط ولا ركن مطلقا كما هو واضح - إنما يرد على رأي من فرق بين الوصية لمن يتأتى منه القبول والوصية لمن لا يتأتي منه القبول.

والقول بأن للوصية حقيقتين مختلفتين إحداهما تتوقف على القبول والأخرى لا تتوقف عليه قول فيما أرى بعيد عن الصواب، لأن الوصية تصرف واحد من جهة الموصي، فلا محل لأن يقال أنه مختلف الحقيقة باختلاف من أنشئ لأجله، ولهذا أرى أن ينظر إلى الوصية على العموم نظرة عامة فاحصة ليعلم هل الوصية حقيقة واحدة في جميع أحوالها؟ أم هي حقائق متعددة تختلف باختلاف أحوالها، وإن جمعها اسم واحد؟. إذا



استقرينا أحوال الوصية وجدنا أنها تكون وصية بمال، وحينئذ قد تفيد الموصى له ملكا إذا ما كان معينا وأهلا لأن يملك كالوصية لمحمد بمنزل معين وكالوصية لحمل هذه المرأة بهذه القطعة من الذهب ونحو ذلك من الوصايا لمعين هو أهل لأن يملك.

وقد لا تفيد ملكا إذا ما كانت لغير محصور كالوصية للفقراء بألف جنيه، وإن كانت طريقا إلى التمليك في النهاية عند القبض في مثل هذه الحال. أو كانت لمعين ليس أهلا لأن يملك كالوصية لمستشفى بمائة جنيه على ما عليه أكثر الفقهاء. ويكون أثرها في الحال الأولى ثبوت الملك للموصى له، وفي الحال الثانية ثبوت حق في التركة يجب تنفيذه وإنفاقه فيما عينه الموصي.

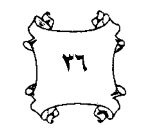
وقد تكون وصية بإجراء تصرف معين كالوصية بأن توقف الأرض الفلانية بعد الموت على جهة كذا، وكالوصية بأن تباع هذه الأرض لفلان بمبلغ كذا. وقد تكون وصية بعمل كالوصية ببناء مسجد في مكان معين.

وقد تكون وصية بولاية كالوصية بأن يكون فلان وصيا على التركة.

وقد تكون وصية بقربة لله تعالى كالوصية بالحج أو بالصدقة.

وقد تكون وصية بسقوط حق كالوصية ببراءة فلان من الكفالة. وقد تكون وصية بحق كالوصية بتأجيل الدين، إلى غير ذلك من أنواع الوصايا التي تتعلق بتركة الموصي وترتبط بها.

وإذا ما نظرنا إلى الوصية في جميع هذه الأحوال باعتبارها إرادة وارتباطا من الموصي وجدنا أنها في جميعها تصرف صادر منه فيما يملكه، وأنه لهذا يجب أن ينفذ دون أن يتوقف على إرادة شخص آخر. لأنه لا يمس حقا لغير الموصي، فكان تاما من ناحيته، وإن جاز له أن يرجع عنه ما دام حيا - غير أنه قد أضيف إلى وقت يعجز فيه الموصي عن العمل إذا ما احتاج تنفيذ هذه الإرادة أو هذا الارتباط إلى القيام بعمل من الأعمال. وهذه النظرة تقتضى أن الوصية في جميع أحوالها تتم وتتحقق على أنها ارتباط أو سبب - يترتب عليه آثار - من جانب الموصي بمجرد وفاته مصرا عليها دون توقف على إرادة أحد. لأنها تصرف في خالص حقه وذلك يقتضي أن لا يكون



قبـول الموصى له ركنا من أركانهـا ولا شرطا في تحـققهـا. وعلى ذلك تكون الوصـية عـملا أو ارتبـاطا من جانـب واحد هو الموصي لا يتـوقف إلا على عبارته الكاشـفة عن إرادته؛ ولذلك يجب تنفيذها إذا لم يتـوقف نفاذها على شيء آخر يقـوم به غير الموصي بعـد وفاته؛ كما فـي الوصية بإجراء عـقد أو بمباشرة عمل فإن تنفيذها يتـوقف على ذلك الإجراء أو المباشرة. ولكن التنفيذ شيء وقيام الارتباط ووجوب تنفيذه شيء آخر وذلك ما يتم بعبارة الموصي إذا ما توفي مصرا على إرادته.

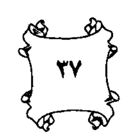
وإذا ما نظرنا إلى الوصيـة في موضوعها وجدنا أنها تخـتلف باختلاف طبيعتـه فنراه في بعض أحواله لا يحتاج في تحققه إلى أي عـمل يقوم به غير الموصي بعد وفاته، وذلك كما في الوصـية بسقوط حق من الحقوق. وعندئذ يجب أن تتحـقق إرادة الموصي وتنفذ بمجرد وفاته دون توقف علـى قبول من أحد. لأنها تصرف في حق الموصي الخالص، وذلك إليه.

ونراه في بعض أحواله يحتاج في تحققه ووجوده إلى عمل إيجابي يقوم به غير الموصـي بعد الوفاة، وذلك كالوصـية بإجراء عمل أو بتنفـيذ طاعة أو بتصرف. وفي هذه الحال يجب أن لا تتوقف أيضـا على قبول أحد، وأن يظهر أثرها من ناحيتين:

أولا: في ثبوت حق تتحمله التـركة بناء على هذه الوصية يطالب به من له الشأن فيه.

وثانيا: في وجوب إقامة وصي يقوم بتنفـيذ الوصية أو بهذا العمل الذي اقتـضته، فإذا لم يعـينه الموصي في حياته أقـامه القاضي بعـد وفاته، ويكون للوصي في الحالين ولاية تنفـيذ هذه الوصية من التركـة في حدود الثلث دون معارضة من الورثة.

ونراه في بعض أحـواله إثبـات حق لإنسـان وتمليكه إياه كـحق الولاية وحق الملكية في الحـدود المشروعة. وفي هذه الحال يقتـضي النظر أن يثبت له هذا الحق بناء عليـها ما دام في الحـدود المشروعـة، ولكن على أن لا يلزم به رغم أنفه، بل يكون له الخيار في بقـائه وفي رده إذ ليس لإنسان أن يلزم غيره



بما لا يريد إلا إذا كان له ولاية إلزامه. وعلى هذا إذا اقتضت الوصية ثبوت حق لإنسان فالنظر يقضي أن يثبت له هذا الحق ثبوتا غير لازم، فإن شاء استبقاه، وذلك يكون بقبوله، وعند ذلك يلزمه. وإن شاء رده، وهذه هي نظرية قبول الوصية. ذلك لأن مجرد ثبوته معناه اختصاصه به، وذلك أمر يتم بمنع غيره وكف يده عنه وعدم التعرض له، وذلك ما كان لهذا الحق بالنسبة إلى صاحبه الموصي، فإذا أوصي به لغيره فقد أقامه مقامه في هذه المنزلة، وجعل له حق التصرف فيه والتعرض له، وهذا القدر لا يتوقف على قبول منه، ولكن بقاءه واستقراره هو الذي يتوقف عليه. فالقبول إنما لزم فيما يظهر لأجل الرضا بالبقاء واللزوم لا للإنشاء والإثبات، وعليه فإذا لم يقبل الموصى له ولم يرد يثبت له الحق ثبوتا غير لازم، حتى يظهر منه ما يدل على القبول أو يعجز عنه بالموت فيستقر الحق بذلك ويلزم.

وعلى هذا يخرج ما ذهب إليه الحنفية من ثبوت الملك للموصى له إذا ما توفي قبل القبول والرد، ومن ثبوته للحمل وإن لم يقبل وليه، إذ الظاهر الغالب أن يكون ذلك في مصلحته وليس يملك الولي رد مصلحة له. على أن بعض الفقهاء كفريق من الشافعية يجعل لولي الحمل أو وصيه قبول الوصية له. ونقل ذلك صاحب التحفة فقال:

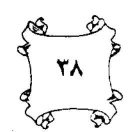
ويقبل الوصية للحمل - ولو قبل انفصاله على المعتمد - وليه بتقدير خروجه حيا، وزاد المغني - ولو وصيا. وعلى ذلك يكون شأن الحمل شأن غيره ممن هو أهل للملك(١).

أما إذا لم يترتب على ثبوت هذا الحق إثباته لشخص معين بل ثبوته في التركة لله تعالى فلا حاجة حينئذ إلى قبول الوصية، وعلى هذا تخرج الوصية للفقراء وللجهات الخيرية مما تتم فيه الوصية من غير قبول باتفاق.

ومن هذا يتعين أن الرأي القاضي بأن الوصية تتحقق بالإيجاب المضاف إلى وقت الموت، ويترتب عليها أثرها بمجرد وفاة الموصي مصرا عليها، وبأن

---

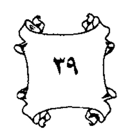
(١) راجع التحفة جزء ٧ صفحة ١٠ طبعة مصطفى محمد.



القبول ليس شرطا في إفادتها الملك ولا ركنا لها، ولكنه شرط في لزومها، هو الرأي الصحيح الذي لا يتعارض مع أية حالة من أحوال الوصية. بخلاف غيره من الآراء مما اضطر أصحابها إلى تكييفات بعيدة عن الصواب ليس من اليسير على النفس قبولها - وهذا هو الرأي المشهور عند المالكية. كما أن رأي الحنفية لا يبعد عن هذا التخريج، إذ إن قولهم بصحتها للحمل وبتمامها عند وفاة الموصى له قبل القبول والرد يتفق معه. والخلاف بين هذين الرأيين من ناحية أن ثبوت الملك بها لا يتوقف على قبول الموصى له إياها على الرأي الأول، وهو رأي المالكية، ويتوقف على قبوله على الرأي الثاني، وهو رأي الحنفية، غير عملي لأن الملك على الرأيين يثبت من وقت وفاة الموصي إذا ما حدث قبول، وتبطل على الرأيين بالرد من الموصى له، فلا يكون للقول بثبوته له قبل رده أثر إذا ما رد، لأنها حينئذ تبطل بطلانا مستندا إلى وقت الموت وإذا توفي قبل الرد والقبول كان رأي الحنفية أظهر اتساقا وانطباقا إذا كان يقضي ثبوت الملك بها عند الموت على رأي المالكية بأن يستقر الملك بوفاة الموصى له وينتقل إلى ورثته لوفاته والوصية على ملكه.

هذه هي النظرة التي كان ينبغي أن تجعل أساسا للحكم على قبول الوصية أهو ركن لها أم شرط فيها أم ليس بركن ولا شرط - ولكن الفقهاء فيما يبدو لي قد اتخذوا ما وصل إليهم عن الأئمة المجتهدين من أحكام مختلفة صدرت منهم في مسائل الوصايا المتعددة المتنوعة أساسا لما ذهبوا إليه في الحكم على القبول في الوصية. وبسبب اختلاف تلك الأحكام على حسب اختلاف المسائل والأنظار اختلفت آراؤهم في ذلك.

فمنهم من ذهب إلى أن القبول ليس بركن حين لاحظ أنها تتم بالإيجاب وحده في بعض مسائلها كما قدمنا، إذ لو كان ركنا ما تمت بالإيجاب وحده في هذه المسائل، لأن الشيء لا يوجد بدون ركنه.



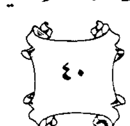
ومنهم من ذهب إلى أنه ركن لها حين رأى أن تمامها في كثير من مسائلها يتوقف على القبول، وأنها عقد كسائر عقود التمليك يتكون من الإيجاب والقبول ولا يتم من جانب واحد.

ومنهم من ذهب إلى أنه شرط حين لاحظ أنها تتوقف على الإيجاب في هذه المسائل وأنها مع ذلك تبرع أو التزام من جانب واحد، فلا يكون من ماهيته قبول من جانب آخر - وإذا توقفت في بعض المسائل عليه كان هذا التوقف علامة على أنه شرط وليس بركن كما بينا.

وهكذا اختلفت آراؤهم باختلاف ما عرض عليهم من أحكام واختلافهم في النظر إليها، ثم حاولوا مع ذلك أن يوفقوا بين هذه الآراء وبين ما يعارضها من أحكام عرضت عليهم في مسائل أخرى من مسائل الوصايا، كما حاولوا وضع قواعد وأسس تنتظم تلك الأحكام، فأخفقوا في بعضها حين لم يستطيعوا تذليل ما صادفهم من العقبات، فأتوا بحلول غير مقبولة لما يظهر فيها من التعسف، ووفقوا في بعضها الآخر.

والسبب في هذا كله يرجع إلى أن الفقه الإسلامي حين بدأ لم يبدأ بأصول وقواعد كلية تنتظم أحكامه الجزئية في جميع أبوابه ومناحيه وشعبه، وما عرف له من ذلك في بدايته شيء قليل - وهو من ذلك لا يوجد في جميع شعب الفقه وموضوعاته - وأكثره إلى بيان حكمة التشريع أقرب منه إلى بيان أصل أو قاعدة وضعت لإفادة حكم ما يندرج تحتها من جزئيات المسائل.

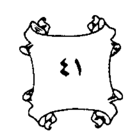
وإنما بدأ الفقه الإسلامي بمسائل عرضت للحل فأعطيت لها أحكامها وحلولها، ومن هذه الأحكام والحلول أو الفتاوى تكوّن الفقه في بداية أمره من لدن الرسول صلوات الله عليه إلى ما بعد زمن الأئمة المجتهدين، وليس أدل على ذلك من أن تتناول كتب الأولين كالأم والمدونة وككتاب من كتب محمد بن الحسن ليتبين لك ذلك واضحا ظاهرا. وقد حاول الفقهاء بعد هذا العهد أن يضعوا لهذه الأحكام والفتاوى القواعد والضوابط التي تنتظمها، كما استعملوا كثيرا من الألفاظ الاصطلاحية كالركن والشرط وما إلى ذلك



من الكلمات التي لم يشع استعـمالها ولم تتبلور معانيها وتـمايز ذلك التمايز الذي لها الآن إلا في هذا العهد وما بعـده. فكان كل هذا وغيره من الأسباب التي أدت بالفقـهاء إلى ما نرى من خلاف بينهم كـهذا الخلاف الذي نراه في حكمهم على قـبول الوصيـة أهو ركن أم شرط، ولو أن الفقـه الإسلامي بدأ بأصول وقواعد كلية ما وجدنا لهذا الخلاف الشديد مكانا في مسألة كهذه.

بقي الكلام بعـد ذلك في الأساس الذي بـني عليه ثبـوت حق القبـول والرد لوارث الموصى له إذا ما توفي قبل القـبول والرد - والنظر في هذا الأمر يقضي بأن القبول أو الرد مجرد إرادة ومشيـئة للموصى له ينبنى عليها التزامه - على مـا بينّا - بالحق الذي يثـبت، لرضاه ببـقائه، وعلى هذا الأسـاس لا يكون هناك محل للقول بانتقال القبول أو الرد إلى ورثة الموصى له بالوراثة في هذه الحالة، لأن الرغبات والمشـيئات ليست محلا للتوارث اتفـاقا، لأنها أمور شخصـية لا مالية. ولكن إذا نظرنا نظرة أخرى فقـلنا إنه يثبت للموصى له، بناء على إيجاب الموصي أو بناء على الوصـية، له الحق في أن يتملك الموصى به بقبوله، وحق تملك المال حق مالي يقبل الانتـقال بالوراثة كحق الشفعة عند بعض الفـقـهاء، وحق الورثـة في تملك المال الذي تعلق به حق الغـريم، إذا نظرنا هذه النظرة كان القول بانتـقال هذا الحق إلى ورثة الموصى له حين يتوفي قبل اسـتعماله لا يجـافي القواعد الفـقهية، بل يـعتبر رأيا يقـوم على أساس معـروف هو وراثة حق التملك، وله نظائره في الفقـه الإسلامي. ولكن هذه النظرة تقـوم أولا على خلاف النظرة السـابقة التي أدت إلى أن الذي يـترتب على الوصيـة هو ثبوت الملك لا ثبوت حق التملك، وتقـتضي أن الملك الذي يترتب على استعـمال وارث الموصى له هذا الحق يثبت لذلك الوارث ابتداء لا بطريق الوراثة عن مـورثه الموصى له، ولا يثبت حينئـذ للموصى له كـما هو مذهب الحنابلة الذي شرحناه من قبل.

ونتيـجة ذلك أن القـول بعدم انتـقال حق القبـول إلى وارث الموصى له أسلم من ناحـية النظر السليم، وإنه إذا مـا لاحظنا أن القـبول إرادة لا تورث



اقتـضى النظر أن يكون الحق الذي ينتقل إليـه إنما هو حق التملك بالقـبول لا القبول، وأن يثبت الملك للوارث ابتداء لا للموصى له.

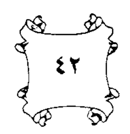
أما قانون الوصيـة رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ وبيان ما أخذ به من هذه الآراء فقد جاء بالمادة الثـانية فقرة ١ منه: أن الوصية تنعقد بالعـبارة أو بالكتابة فإذا كان الموصي عاجزا عنها انعقدت الوصية بإشارته المفهمة.

وهذه الفـقرة تكاد تكون صـريحة في أن الوصـية لا يتـوقف انعقـادها ووجودها شرعا على قبول من الموصى له، ذلك لأن النص فيها على انعقادها بالإشـارة عند عجـز الموصي عن العبـارة والكتابة يدل على أن المراد منـها أن الوصية تنعقد بعبارة الموصي أو كتابته، فإذا كان عاجزا عنهما انعقدت بإشارته المفهمة، وذلك هو الإيجاب بالوصية.

ويؤيد هذا المعنى - وهو انعقـادها ووجودها شرعا - بهـذا الإيجاب ما جاء في المادة ٢٢ مـن قانون الوصيـة من قيـام الوصية ووجـودها قبل قـبول الموصى له بإيجاد الموصي ثم بطـلانها إذا ما طلب من الموصى له قبـولها أو ردها ومضى على ذلك ثلاثون يوما ولـم يجب القبول أو الرد دون أن يكون له عذر مقبول في ذلك، فإن بطلانها بسـبب امتناعه عن الإجابة يستلزم وجودها قبل ذلك، إذا لو لـم يكن لهـا وجود ما حكم عليها بطروء الـبطلان عليها - ولـم يكن لها وجود عند ذلك إلا بالإيجاب وحده.

ومثل ذلك يقـال فيمـا جاء بالمادة ٢٣ والمادة ٢٤ من القانون نفـسه، إذ نص في الأولى منهـما على بطلان الوصيـة بردها من الموصى له، ونص في الثانية على أنها لا تبطل بالرد منه حال حياة الموصي.

ذلك لأن مـعنى انعقـادها في الاصطلاح الشرعي هو وجـودها شـرعا مضافة إلى ما بعد الموت، وذلك ما ينفى أن يكون قـبولها ركنا فيها أو شرطا لوجودها في نظر الشـارع، لأن الشيء لا يوجد قـبل جزئه المكون له، ولأن المشروط لا يوجد قبل وجود شرطه، ولكنه لا ينفي أن يكون القبول شرطا في

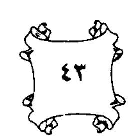


ترتب أثرها عليها عند الموت، وهو نفاذها، ولا ينفي أن يكون القبول شرطا في لزومها وعدم صحة ردها من الموصى له بعده.

هذا، وقد جاء بالمادة ٢٠ من القانون: أن الوصية تلزم بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة ،ومعنى ذلك أن الموصى له لا يملك أن يستبد بردها لأن ملكه للموصي به عند ذلك صار لازما. ذلك لأنه بوفاة الموصي لزمت ورثته فلا يملكون الرجوع عنها مستقلين بذلك، وبقبولها من الموصى له بعد الوفاة لزمت كذلك بالنسبة له، فلا يستقل بفسخها، وهذا لا ينافى جواز فسخها باتفاق بينه وبين ورثة الموصى له كما جاء ذلك بالمادة ٢٤ من القانون. لأن ذلك الفسخ يعد إنهاء لها، وذلك لا ينافي أنها لازمة كالبيع فإنه عقد لازم ومع ذلك يقبل الفسخ بالإقالة.

وقانون الوصية لم يتعرض صراحة لبيان ثبوت الملك بها، أيثبت بها عند الموت بدون قيد ولا شرط أم يثبت عنده بشرط قبولها؟ - والسبب في عدم تعرضه لهذه المسألة أن النزاع في ذلك لن يكون محلا لخصومة تعرض على القضاء، ذلك لأن إقدام الموصى له على المطالبة بالموصي به إذا ما حدث نزاع يعتبر قبولا تنفذ به الوصية وتلزم من وقت الموت. وليس يهم بعد ذلك أثبت عنده بشرط القبول أم بلا اشتراط ذلك ما دام أن القبول قد يحقق والمادة ٢٥ من القانون - وإن دلت على أن الملك يثبت للموصى له من وقت وفاة الموصي لا تفصح عن الشرط في ثبوته أهو الموت وحده أم الموت بشرط القبول مع ثبوته مستندا إلى وقت الموت.

والذي يظهر لي أن القانون قد أخذ برأي جمهور الحنفية والشافعية وبعض المالكية الذين يرون أن القبول شرط لثبوت الملك بها، وأخذ برأي الشافعية ومن ذهب مذهبهم في انتقال حق القبول بوفاة الموصى له قبل القبول والرد إلى ورثته بالوراثة، وليس يعارض ذلك أن القانون قد جعل القبول شرطا في لزومها، إذ يمكن أن يقال إن الملك يثبت عند الموت بشرط القبول فإذا قبلت ترتب عليها الملك ولزمت.



وقد يصح أن يقال إن القانون أخذ برأي الزيدية في أن الوصية تتم بالإيجاب وحده ويثبت بها الملك عند الموت بلا شرط ثم لا تلتزم إلا بقبولها، وهذا لا يختلف عما ذهب إليه المالكية على الرأي المشهور عندهم وإن ورد على هذا المذهب أنه يستلزم أن ينتقل ملك الوصية بوفاة الموصى له إلى ورثته ويصير لازما بمجرد وفاته لانتهاء إرادته بوفاته، وهم لا يقولون بذلك كما لم يقل القانون به أيضا.

هذا، وليس يخفى عليك أن الفقهاء الذين قالوا إن الملك يثبت بالموت لا يريدون أن الموت هو سبب الملك في الوصية - ذلك لأن السبب هو عقد الوصية - وإنما يريد أنه يثبت بالوصية عند الموت دون أن يتوقف على شيء آخر خلاف ذلك. وأن الفقهاء الذين قالوا إن الملك فيها يثبت بالقبول إنما أرادوا بذلك أن القبول جزء من السبب وهو الوصية أو شرط له، فإذا ما حدث القبول تم السبب وترتب عليه أثره وهو المسبب.

وقت القبول ووقت الرد:

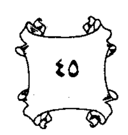
القاعدة العامة في عقود التمليك تقضي بأن يكون قبولها في مجلس إيجابها، وبأن تأخير القبول عن مجلس الإيجاب مبطل لها، واستثنى الفقهاء عقد الوكالة وعقد الإيصاء بإقامة وصي وعقد الوصية بالمال أو بالحق، فذهبوا إلى أن قبول الوكالة كما يصح أن يكون في مجلس الإيجاب يصح أن يكون بعده في أي وقت مادام أن الوكيل لم يرفض؛ ولذا جاز التوكيل حال غيبة الوكيل - وإلى أن قبول الإيصاء يصح أن يكون في مجلس الإيجاب به ويصح أن يكون بعده قريبا أم بعيدا، حال حياة الموصي أم بعد وفاته - وإلى أن قبول الوصية بالمال أو بالحق عند من يرى أن القبول فيها ركن يجب أن يكون بعد وفاة الموصي وقبل ردها من الموصى له، بعد وفاته. وأن قبولها منه أو ردها حال حياة الموصي لا اعتداد به، فليس يصح منه قبول أو رد حال حياة الموصي؛ ولذا لا يترتب على قبوله إياها في هذه الحالة أن يثبت الملك له بعد وفاة الموصي، بل لابد لثبوته من أن يقبلها مرة أخرى بعد وفاته، وكان له قبل هذا القبول أن يردها.

وخالف في ذلك الشيعة الجعفرية ففي كتاب تحرير الأحكام جـ١ ص ٩٢ أنه يجوز قبول الوصية حالَ حياة الموصي، ويجوز بعد وفاته، وإن كان قبولها بعد الوفاة آكد - وعلى ذلك إذا قبل الموصى له الوصية حال حياة الموصي ترتب عليها تملكه الموصى به عند الوفاة دون حاجة إلى قبولها منه مرة أخرى عند الشيعة.

وكذلك يرى الذين ذهبوا إلى أن قبولها شرط لا ركن فأوجبوا أن يكون بعد الوفاة ولم يعتدوا بقبولها حال حياة الموصي - وكما لا يترتب على قبولها حال الحياة أثر، كذلك لا يترتب على ردها حال حياة الموصي بطلان الإيجاب؛ ولذا كان له مع هذا الرد أن يقبلها بعد وفاته، فيثبت له الملك بذلك القبول، ولم يخالف في ذلك أيضا الشيعة الجعفرية وإنما خالف فيه زفر كما سيأتي.

أما إذا ردها بعد موته قبل أن يقبلها فإنها تبطل برده، وليس له بعد ذلك أن يقبلها، خلافا لبعض الزيدية. وإذا قبلها بعد موته لم يكن له بعد ذلك أن يردها على ما ذهب إليه الجمهور - وإذن فوقت ردها أو قبولها عند الجمهور هو ما بعد وفاة الموصي، على أن يقبلها قبل ردها أو يردها قبل أن يقبلها. ذلك رأي الأئمة الأربعة ومنهم الشافعي على القول الأصح - وبهذا الرأي أخذ قانون الوصية فأوجب في مادته ٢٠ أن القبول يكون بعد وفاة الموصي، وقرر في مادته ٢٢ أنه لا يشترط في القبول ولا في الرد أن يكون فور وفاة الموصي مباشرة، بل يصح أن يتأخر عن وفاته، ثم يستمر هذا الحق للموصى له إلى أن يرد أو يقبل، فإذا رد لم يكن له أن يقبل. وقرر في مادته ٢٤ أن رد الموصى له الوصية حال حياة الموصي لا يبطلها، وأن رده للوصية بعد موت الموصي وقبل قبوله إياها يبطلها في مقدار ما رد منها كلها أو بعضها.

وقال زفر رحمه الله تعالى: إذا رد الموصى له الوصية حال حياة الموصي بطلت ولم يجز له أن يقبلها بعد الوفاة - والظاهر من هذا النقل أن خلاف



زفر في الـرد فقط، وأنه يوافق الجـمهور في أن القـبول يجب أن يكـون بعد الوفاة، وذلـك على إحدى الروايتين عنه التي تشـترط القـبول في الوصـية، وليس يلزم من اعتداده بالرد حال حياة المـوصي أن يعتد أيضا بالقبول في هذه الحال.

أما على الرواية التي شرحناهـا فيما مضى فإن الوصـية عنده لا تتوقف على قـبول حـتى يكون له وقت، وإنما ترتد بالرد، سـواء في ذلك أن يكون حال حياة الموصي أم بعد وفاته. وإنما اعتبـر زفر الرد حال الحياة لكي يستقبل الموصي من أمـره ما قـد يفوته بـعد - إذا مـا ردت الوصيـة بعد وفـاته - إذ يستطيع إذا ما ردت حال الحياة فبطلت أن يوجه وصيته حينئذ وجهة أخرى إذا ما علم بالرد وذلك مالا يدركه بعد موته.

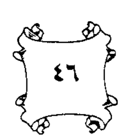
ويرى الإباضية أن رد الوصية حال حياة الموصي لا يبطلها إلا إذا علم به الموصي قبل وفـاته، أما إذا مات قـبل أن يعلم به كانت الوصيـة للموصى له على ما قدمنا[1].

وقد احـتج الجمـهور لمذهبهم بأن الموصى له إذا قـبل أو رد حال حـياة الموصي فقد قبل أو رد ما لا وجود له حينئذ وهو ثبوت الملك له، إذ لا يثبت بها الملك إلا بعد وفاته، وقد لا يثـبت أبدا إذا ما رجع الموصي عن وصيته أو توفي الموصى له قبل وفاته، وكلاهما أمر محـتمل، فلم يعتبر ذلك منه، كما لا يعتبـر منه ذلك إذا ما حدث قبل إنشـاء عقد الوصية، لتـساوي الحالين في عـدم ظهـور الأثر وفي أن الأوان ليس أوان ظهـوره - لهـذا وجب أن يكون قبولها أو ردها أوان حصوله، حتى يكون الموصى له قد قبل أو رد أمرا وجب له بالإيجـاب وقت أن قبل أو رد، كـما هـو الحال في قـبول البـيع ورده في مجلس العقد.

قالوا ونظير هذا أن يقول رجل لامرأته أنت طالق على ألف درهم غدا، أو لأجنبـية عنـه أنت طالق على ألف إن تزوجـتك، فإن قـبـول زوجتـه في

---

(١) راجع شرح النيل جـ٦ ص ٢١٢.



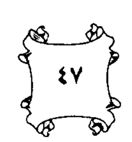
الصورة الأولى أو ردها لا يعتبر إذا حدث قبل الغد، وإنما يعتبر ذلك منها إذا جاء الغد فقبلت أو ردت، وكذلك في الصورة الثانية، إنما يعتبر القبول إذا صدر ممن خوطبت بعد التزوج، أما إذا صدر قبله فلا اعتداد به، ووجهوا ذلك بأنها إذا قبلت في الصورة الأولى قبل مجيء الغد واعتبر ذلك القبول منها لزمها الألف في الحال. وذلك قبل أن تطلق لأنها معاوضة قد تمت بالإيجاب والقبول جعل فيها الألف عوضا عن تطليق مضاف إلى الغد، وقد صدر هذا التطليق فلزم الألف، مع أنه قد لا يقع طلاق أصلا إذا ما توفي أحدهما قبل مجيء الغد - وهذا خلاف ما تم عليه التعاقد؛ لذلك وجب أن يكون القبول غدا أوان ظهور الأثر، ولا يعتد به إلا في ذلك الوقت، وكذلك الحال في الصورة الثانية لو اعتبر قبولها قبل أن يتزوجها فإن الألف يلزمها لما ذكرنا، وقد لا يتزوجها.

أقول: وهذا الاستدلال محل نقد إذ لو صح لكان قبول كل عقد مضاف أو معلق غير معتبر إذا حدث قبل الوقت الذي أضيف إليه أو قبل الشرط الذي علق عليه، لأنه قبول قبل ظهور أثره، وذلك خلاف ما ذهبوا إليه، على أن هذا الحكم ليس محل اتفاق بين الحنفية في هاتين المسألتين، فمنهم من ذهب إلى الاعتداد بقبول المرأة في مجلس الإيجاب كما في فتح القدير(١) فلا يصح جعلهما أصلا لحكم متفق عليه بينهم في الوصية وهو عدم الاعتداد بالقبول حال حياة الموصي.

ولم لا يقال أن إضافة الطلاق في الصورة الأولى وتعليقه في الثانية يستتبع إرجاء وجوب المال إلى الوقت الذي أضيف إليه الطلاق، أو تعليق وجوبه على حدوثه، لأن المعاوضة في الواقع بين طلاق ومال لا بين صدور لفظ الطلاق والمال، فلا يلزم المرأة شيء قبل وقوع الطلاق.

ثم أي فارق بين الوصية والإيصاء وكلاهما عقد مضاف بطبيعته إلى ما بعد الموت ولا يظهر أثره إلا بعده. فكيف جاز قبول الإيصاء حال حياة

(١) فتح القدير جـ٣ ص ٢١٢.



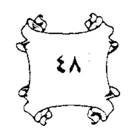
الموصي قبل ظهور الأثر، وقد لا يكون أصلا، ولم يجز قبول الوصية إلا بعد وفاته.

ثم لماذا جاز قبول المستأجر الإجارة المضافة من المؤجر في مجلس الإيجاب مع أن المؤجر لا يملك الأجرة في الحال «وهي مال»، ولم يكن حكمها حكم الوصية وهو إرجاء القبول إلى الوقت الذي أضيفت إليه؟ أليس القول بصحة هذا العقد على هذا الوضع يستلزم القول بصحة الوصية إذا ما صدر القبول حال الحياة؟

وفي رأيي أن العقد المضاف إذا كان عقدا لازما كان لقبوله في مجلس العقد فائدة عملية هو ارتباط عاقديه به وعدم استطاعة أحدهما الفكاك منه إلا بالإقالة، فيجب لذلك أن يعتبر قبوله في مجلس الإيجاب مراعاة لهذا الارتباط، كما في الإجارة على أحد القولين الصحيحين، وهو القول بلزومها عند إضافتها كما هو الحكم عند تنجيزها.

أما إذا كان عقدا غير لازم كالوكالة المضافة إلى زمن مستقبل لم يكن لاعتبار قبوله قبل حلول وقته وظهور أثره فائدة عملية، لأن كلا من طرفيه يستطيع فسخه قبل الوقت الذي يظهر فيه أثره سواء حدث قبول أم لا فلم يكن لتعجيل القبول عن وقته أثر خارجي.

وكذلك الحال في الوصية ليس لقبولها فائدة قبل موت الموصي لصحة عدوله عنها بعده، ولعدم ترتب أثر عليها في ذلك الوقت إذا ما قبلها الموصى له، فكان من المستحسن مع هذا تأخير القبول إلى وقت ظهور الأثر، حيث توجد آثارها مترتبة عليه، لأنه الوقت الذي تصح فيه الموازنة الحقيقية بين القبول والرد، أما قبل ذلك فإن تحقق الأثر لا يعدو أن يكون أملا من الآمال التي قد لا تتحقق، فلا محل لشغل النفس به قبل أوانه - غير أن هذا النظر يتسق معه الحكم في الوصية ولا يتسق معه الحكم في الوكالة، إذ يجوز قبول الوكالة المضافة في مجلس العقد وبعده، فكان الحكم في الوكالة المضافة غير



متسق معه - والحق أن التفرقة بين الوكالة المضافة والوصية في ذلك لا تقوم على أساس فيما يظهر لي - وقد يظهر لغيري.

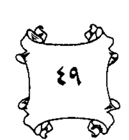
أما الرد فإني أرى أن يختلف الحكم فيه عن القبول، ليعلم الموجب مستقبل أمره فيما أوصى به فتكون له الفرصة في التصرف بناء على رفض الإيجاب، ولعل هذه هي الفكرة التي بنى عليها زفر رأيه في اعتباره الرد حال الحياة.

هذا، وليس يشترط في قبول الوصية أو ردها أن يكونا فور موت الموصي، بل يجوز أن يكون كل منهما على التراخي حتى يقبل فلا يجوز له أن يرد أو يرد فلا يجوز له أن يقبل وذلك على ما بينا سابقا، ولكن يرى بعض الحنابلة وبعض الشافعية أنه إذا طلب إلى الموصى له بعد الموت أن يقبل أو يرد فامتنع اعتبر بامتناعه راداً لها منعا للضرر عن الورثة، فإن استمرار جهلهم بحال الموصى به أيكون لهم أم للموصى له ضرر بين بهم، كما يرى أيضا بعض الشافعية أن الولي على القاصر يلزم بالقبول أو الرد فورا بعد موت الموصي إذا اقتضت مصلحة المولى عليه ذلك، فإذا امتنع وكان امتناعه عنادا انعزل من ولايته. وإن كان متأولا قام القاضي مقامه في ذلك.

وذكر الماوردي من الشافعية أن التراخي في القبول مخصوص بما إذا لم تقسم التركة وتنفذ ما بها من الوصايا، أما إن علم الموصى له بذلك وجب أن يقبلها أو يردها فورا: فإن تأخر بطل حقه واعتبر رادا لها وجاء. في البحر الزخار[1]: وللورثة مطالبة الموصى له بالرد أو القبول ليعرف مستحقها، وامتناعه عن القبول في حكم الرد، كالحكم على المتحجر بتخلية الأرض لمن يحييها إن لم يحيها هو اهـ.

ومن الآراء المتقدمة وضعت المادة ٢٢ من قانون الوصية ٧١ لسنة ١٩٤٦ لدفع الضرر عن الورثة، وهذا نصها: «تبطل الوصية إذا أبلغ الوارث أو من له تنفيذ الوصية الموصى له بإعلان رسمي مشتمل على بيان كاف عن الوصية

(١) البحر الزخار جـ٩ ص ٣٠٦.



وطلب منه قبولها أو ردها ومضى على علمه بذلك ثلاثون يوما كاملة خلاف مواعيد المسافة القانونية ولم يجب بالقبول أو الرد كتابة دون أن يكون له عذر مقبول» - كما نص في المادة ٢٤ على أن الوصية لا تبطل بردها قبل موت الموصي. وإذا ردت كلها أو بعضها بعد الموت وقبل القبول بطلت فيما رد منها.

أما إذا ردت كلها أو بعضها بعد الموت والقبول فإن الرد يبطل إلا إذا قبله منه أحد الورثة فإنها حينئذ تنفسخ مادة ٢٤، وقد أخذ هذا الحكم من مذهب الحنفية، قال في المبسوط ما نصه: «وإذا أوصي رجل بوصية فقبلها الموصى له بعد موته ثم ردها على الورثة فرده جائز إذا قبلوه، لأن الرد عليهم فسخ للوصية، وهم قائمون مقام المورث، ولو تصور منه الرد على الميت كان ذلك صحيحا إذا قبله، فكذلك إذا ردها على الورثة الذين يقومون مقامه. ثم قال: وإن ردها على بعض الورثة دون بعضهم كان هذا الرد في القياس باطلا لأن هذا تمليك منه لمن ردها عليه، والتمليك يجب أن يكون بلفظ الهبة أو ما في معناه وليس الرد في معناه، ولكنا نستحسن فنجعل ذلك كالرد على جماعتهم، ويكون ما رد بينهم على فرائض الله تعالى، لأن أصل العقد كان بينه وبين الموصي، والرد فسخ لذلك العقد فيجوز بينه وبين الموصي أيضا - وأحد الورثة يقوم مقام الورثة في حقوقهم كجماعتهم، فكان الرد على أحدهم بمنزلة الرد عليهم جميعا. أو هذا فسخ لقبوله، وهو ينفرد بفسخ القبول في حق نفسه، وإنما كان لا يثبت في حق الورثة إذا أبوا ذلك دفعا للضرر عنهم وعن مورثهم، فإذا رضوا بذلك أو رضي به أحدهم وهو قائم مقامهم في فسخ القبول منهم ثبت في حقهم وصار كأنه رد قبل أن يقبل، فيكون ميراثا للورثة، كالدين يكون على المتوفى فيهبه الدائن للورثة أو لبعضهم فإنه يكون هبة لجميعهم، وكأنه وهبه للميت، لأن أصل المنفعة بهذه الهبة له، لأنها تبرئ ذمته من الدين، وأحد الورثة يقوم مقامه فيما هو من حقه اهـ.

ومن هذا البيان يرى أن الحنفية الذين ذهبوا إلى هذا الحكم يجعلون هذا التصرف فسخا للوصية لا تمليكا للورثة، فلا يشرط فيه ما يشترط في الهبة

من الشروط - وليس يبعد أن يمنع الموصى له من ذلك الفسخ إذا كان محجورا عليه للدين لما فيه من معنى التبرع الضار بالدائنين، ومنافاته لتعلق حق الغرماء بهذا المال الذي آل إلى المحجور عليه بواسطة الوصية، وهذا ما تقضي به القواعد العامة.

وعند الزيدية أن الموصى له إذا رد الوصية بعد الموت والقبول وقبل القبض كان في اعتبار هذا الرد وجهان، أصحهما أن ذلك لا يبطلها، إذ الملك قد استقر، والقبض غير معتبر فيها(١).

ويرى الحنابلة أنه لا يجوز للموصى له ردها بعد قبوله إياها وبعد أن يقبضها فعلا، وهو رأي الشيعة الجعفرية. أما إذا قبلها ولم يقبضها فالحكم كذلك في غير المثلي، لتعينه واستقرار الملك فيه بسبب ذلك التعين، أما في المثلي كالمكيل والموزون فيجوز ردها فيه بعد القبول وقبل القبض، لعدم استقرار الملك فيه بسبب عدم تعينه، وذلك بسبب جواز الوفاء فيه بالأمثال(٢).

وجاء فيه أن للشافعي في الرد قبل القبض وجهين: أحدهما امتناع الرد مطلقا لثبوت الملك من غير قبض. والثاني قبول الرد مطلقا لعدم استقرار الملك في الموصى به إلا بقبضه، وهو رأي الشيعة الجعفرية كما في تحرير الأحكام.

ممن يكون القبول والرد:

البحث في قبول الوصية ووقته وممن يكون إنما يكون ممن يرى أن قبول الوصية ركن لها أو شرط، أما من لا يرى ذلك فليس له هذا البحث، إذ القبول عنده لغو من القول كالقبول يصدر من الوارث بقبوله وراثة مورثه.

---

(١) البحر الزخار جـ٥ ص ٣٠٥.

(٢) راجع المغنى ج٦ ص ٣٤٨.

وقد بينا فيما سبق آراء الفقهاء في القبول، وأن قانون الوصية اختار رأي من يرى أن قبولها شرط في بعض أحوالها، إذ تقضي المادة ٢٠ منه بأن قبول الوصية من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصي شرط في لزومها بالنسبة للموصى له كما بينا.

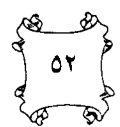
وهذا بعمومه يقضي بأن لزوم الوصية في جميع أحوالها منوط بقبولها بعد الوفاة من الموصى له سواء أكان الموصى له شخصا معينا، أم جماعة يحصون، أم جماعة لا يحصون، أم جهة من جهات البر، أو منشأة، أم مؤسسة من المنشآت، إلا ما استثنته المادة من ذلك، فإن الحكم فيه يكون على الوضع الآتي:

أولا: الوصية للجنين والقاصر والمحجور عليه: فإن قبولها أو ردها يكون ممن له الولاية على أموالهم بعد إذن الجهة القضائية المختصة، وكانت هذه الجهة هي المجلس الحسبي عند صدور قانون الوصية، وقد صارت المحكمة الجزئية أو الابتدائية هي المختصة منذ العمل بالقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢، ويلاحظ أن المحجور عليه يشمل المحجور عليه للجنون أو للعته أو للسفه أو للغفلة.

ثانيا: الوصية للجهات والمؤسسات والمنشآت التي لها من يمثلها قانونا. فإن قبولها أو ردها يكون ممن يمثلها قانونا، أما إذا لم يكن لها ممثل قانوني فإن الوصية لها تلزم بدون توقف على القبول من أحد، ومن المفهوم أن من إليه القبول يكون إليه الرد.

وأضافت المادة ٢١ إلى ذلك حالة من حالات الوصية جعل فيها قبول الوصية لوارث الموصى له، وهي ما إذا كان الموصى له معينا وتوفي بعد وفاة الموصي وقبل أن يقبل الوصية أو يردها، فإن قبولها أو ردها حينئذ يكون لورثته، فيقومون مقامه في ذلك.

ولم يتعرض القانون صراحة لحالة ما إذا كان الموصى له جماعة لا يحصون فسوف نرى أن الحكم فيها أنها لا تعمهم ولا تخص أفرادا معينين



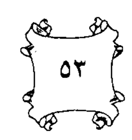
منهم، وعلى ذلك لا يكون من المقبول توقف لزومها على قبولهم جميعا في حين أنها لا تعمهم، وأن العلمَ بقبولهم جميعا غير متيسر، بل قد يكون متعذرا كالوصية للفقراء، ولا على قبول بعضهم في حين أنه قد لا يعطى منها. وإذن كان يجب استثناء هذه الحالة، والنص في القانون على أنها تلزم بوفاة الموصي حتى لا يظن أن القانون بعمومه يشترط للزومها قبولها من الموصى لهم.

وقد يقال إن الوصية للفقراء ومن على شاكلتهم يعد وصية لجهة من الجهات فتشملها الفقرة الثانية من المادة ٢٠ - وعلى ذلك تلزم بقبول من يمثلهم إن كان له ممثل قانوني وإلا لزمت بموت الموصي. وقد يكون هذا مقبولا لولا أن القانون نفسه في مادته ٣٢ دل على أنه لا يستعمل لفظ الجهة في هذا المعنى، لأنه جعل الجهة قسيما أو حالة تقابل الوصية للجماعة سواء أكانت محصورة أم غير محصورة، وذلك ما يتناول الفقراء وأمثالهم، وإذا كانت كذلك لا تتناولهم في استعمال القانون لها، وعلى أية حال فالنص في القانون على أن قبول الوصية يكون للولي على المال أو الممثل في الأحوال التي لا يكون القبول متصورا من الموصى له نفسه، وإلا لزمت الوصية بوفاة الموصي، يدل على أن الوصية في هذه الحال تلزم قانونا بوفاة الموصي، ذلك ما يقضي به القانون.

أما آراء الفقهاء في ذلك فهاك بيانها:

إذا كان الموصى له معينا بشخصه ورشيدا كانت ولايته كاملة. وكان إليه قبول الوصية له أو ردها.

وإذا كان فاقد الأهلية كالصغير غير المميز والمجنون والمعتوه الذي لا تمييز عنده كان قبول الوصية له أوردها إلى من له الولاية على ماله. لم يخالف في ذلك فقيه من فقهاء المذاهب الموجودة المعروفة. ذلك لأن بعض فقهاء الإباضية ذهبوا إلى أن الوصية لفاقد الأهلية تتم له وتلزم من غير توقف على قبولها



من وليه، وكأنهم رأوا أن القبول في هذه الحالة، لا حاجة إليه، لأن الوصية نفع محض فلا يملك الولي ردها، إذ إن ردها لا يتفق مع النظر له، فلم تتوقف لذلك على القبول، كالوصية للجهات أو كالوصية للحمل عند من يرى أنها تلزم بوفاة الوصي.

وإذا كان ضعيف الأهلية كالصبي المميز والمعتوه الذي لم يذهب تمييزه بسبب عتهه أو كان محجورا عليه لسفه أو غفلة أو كان حملا ففي قبول الوصية له اختلاف الفقهاء، فمنهم من جعل القبول إليه لأنها نفع محض وذلك فيما عدا الحمل فإن الوصية له لا تحتاج إلى قبولها من أحد، ومنهم من جعل قبولها من الولي عليه ويقوم به من له الولاية على أمواله حتى الحمل، كما سيأتي تفصيل ذلك.

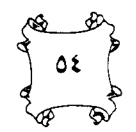
وسواء في هذه الأحكام أن يكون الموصى له شخصا واحدا معينا أو جماعة معينين محصورين.

أما إذا كان جماعة غير محصورين فإن الوصية لهم لا تحتاج إلى القبول كما سبق وعلى ما سنبين فيما يأتي:

الوصية للصبي المميز ومن في حكمه:

يرى الحنفية أن الوصية للصبي المميز ومن في حكمه وهو المعتوه المميز والمحجور عليه للسفه أو للغفلة يشترط لنفاذها ولزومها القبول، وذلك محل اتفاق عند غيرهم ممن يرى أن القبول واجب في الوصية، وقبولها كما يصح أن يكون في هذه الحال ممن له الولاية على أموالهم باتفاق، يصح أن يكون من الموصى له أيضا من هؤلاء عند الحنفية، ذلك لأن قبولها من التصرفات النافعة نفعا محضا عندهم كقبول الهبة، وعبارة هؤلاء في هذه التصرفات عبارة معتبرة شرعا، وإرادتهم فيها صحيحة عندهم، فجاز لذلك أن يقبلوها، شأنها شأن كل تصرف نافع نفعا محضا، وإلى هذا ذهب الحنابلة أيضا[1].

(١) راجع المغني جـ٦ ص ٢٦٠، ص ٥٢٨، ص ٥٢٩.



ولا يرى أبو حنيفة ولا الزيدية كما هو معروف الحجر بسبب السفه أو الغفلة، وعلى ذلك فقبوله الوصيَة له كقبول الرشيد.

ويخالف في ذلك الشافعية والمالكية فيرون أنه ليس لغير رشيد قبول، لأن غير الرشيد ليس له عبارة معتبرة شرعا عندهم وتصرفه باطل، وإنما القبول لمن له الولاية على ماله.

جاء، في نهاية المحتاج(1): ويصح قبوله «الهبة» دون الوصية لأنها تصرف مالي، وهذا ما اقتضاه كلام الروضة وجزم به ابن المقري، وهو المعتمد ووجهه أنه غير أهل لذلك بعقده، وقبوله الوصية تملك، وليس فوريا فأنيط بالولي، وصح قبوله الهبة مراعاة لمصلحته لاشتراط اتصال قبولها بإيجابها.

وجاء في الشرح الكبير(2): وقبول الموصى له المعين البالغ الرشيد شرط وجوبها وتنفيذها.

وبرأي الشافعية والمالكية أخذ قانون الوصية (م٢٠).

ومن المالكية من جعل للصغير المميز حق القبول كما في حاشية ابن المدني في أول الوصية.

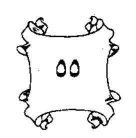
الوصية للحمل:

ذهب الحنفية في الوصية للحمل إلى أنها تتم وتنفذ بموت الموصي دون توقف على قبول من ولي الحمل الذي يلي ماله على فرض انفصاله حيا - وإن عد الحمل شخصا معينا أهلا لأن يملك - ذلك لأن الموصي إذا توفي مصرا على وصيته فقد تمت وصيته من ناحيته تماما لا يلحقه فسخ، وبموته حل وقت القبول ولكنه غير مقصور من الحمل نفسه، وليس له ولي عندهم قبل وضعه حتى تتوقف الوصية على قبوله إياها نيابة عنه، فكانت الوصية في هذه الحالة كالوصية لمن لا يتأتى منه القبول كجهات الخير، والوصية لهذه

---

(1) نهاية المحتاج جـ٤ ص٣٥٣.

(2) الشرح الكبير جـ٤ ص ٤٢٤.



الجهات تتم وتنفذ من غير قبول أحد، وهي مع ذلك غير أهل لأن تملك وإذا تمت لهذه الجهات من غير قبول و ليست أهلا لها تملك إذا انفصل حيا - أولى، ولهذا سقط اعتبار القبول في الوصية له، وبخاصة إذا ما لوحظ أن الوصية تشبه الميراث وأن الفقهاء يقولون: الوصية أخت الميراث تستقى أحكامها منه وبرأي الحنفية أخذ الإباضية.

أما جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة فقد ذهبوا إلى أنها تتوقف على القبول من الولي أو الوصي إن لم يكن له ولي.

فالمالكية وفريق من الحنابلة يرون أن القبول يكون بعد وضعه لأن أوان ثبوت أهلية الملك للحمل بعد وضعه، فوجب أن يكون القبول عند ذلك.

وذهب الشافعية إلى أن القبول يجوز أن يكون بعد وضعه ويجوز أن يكون كذلك - على المعتمد عندهم - قبل وضعه فيقبل عنه في الحالين وليه أو وصيه إن لم يكن له ولي - والمراد بوليه من تكون له الولاية على ماله على فرض انفصاله حيا وإلى هذا ذهب فريق من الحنابلة(١).

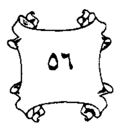
وقد اشترط الحنفية والحنابلة وجمهور الشافعية في صحتها حينئذ أن يكون الحمل موجودا عند الوصية، فإذا تبين أنه ليس بموجود عندها بطلت، ولا يصححها وجوده بعد الوصية وقبل الموت لأنها حينئذ وصية لمعين - ويشترط في الوصية لمعين عندهم كما سيأتي وجود الموصى له عند الوصية.

وذهب بعض الشافعية كما في المغني «إلى صحتها لما تحمله هذه المرأة» كما استظهر كثير منهم دخول ما سيوجد لفلان من أولاد تبعا إذا ما كانت الوصية لأولاد فلان الموجودين ومن سيوجد قياسا على الوقف ورجح هذا على القول بخلافه(٢).

---

(١) راجع حواشي التحفة جـ٧ ص ١٠ وكشاف القناع جـ٢ ص ٥١٠ نهاية المحتاج جـ٦ ص ٤٣ والمغني جـ٦ ص ٤٧٦ والتحفة جـ٦ ص ٦٣.

(٢) راجع الشرح الكبير للدردير جـ٤ ص ٤٢٣/ ٤ راجع ما يدل على ذلك في شرح تحفة المحتاج جـ٦ ص ٦٨.

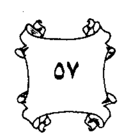


وخالف في ذلك المالكية فذهبوا إلى أنه لا يشترط في الوصية للحمل وجوده حين الوصية؛ ذلك لأنهم يصححون الوصية لمن سيوجد ويكون أهلا للملك، ولهذا صححوا الوصية: لمن سيوجد لفلان من أولاد، فتكون الوصية لمن يولد له بعد ذلك، سواء أكان حملا موجودا عند الإيصاء أم لم يوجد عنده. وعندئذ يؤخر تنفيذ الوصية إلى أن يحدث حمل ويولد، فإذا ولد واستهلَّ أو حدث عند ولادته ما يدل على حياته استحق الوصية وإذا لم يحدث من الحمل عند ولادته ما يدل على حياته ردت الوصية إلى ورثة الموصي، كما ترد إذا لم يحدث حمل وتحقق اليأس من حدوثه.

وعلى ذلك إذا قال شخص: أوصيت لمن يولد لفلان كانت الوصية عند المالكية لمن يولد له لا لولده الموجود وقت الإيصاء سواء أكان يعلم عند الإيصاء أن له ولدا أم لم يكن يعلم.

أما غلة الموصى به ومنافعه بعد موت الموصي وقبل وضع الحمل فإنها تكون لورثة الموصي عند المالكية لأن الحمل عندهم لا يملك وإنما يملك عقب وضعه إذا ولد حيا. ومن المالكية من يرى أن الغلة تحفظ له فتكون له إذا حدث عند ولادته منه ما يدل على حياته، ويظهر لي أن ذلك مشروط بأن يكون موجودا عند وفاة الموصي وإلا فكيف يملك المعدوم؟

واستظهر الدسوقي على الدردير أن مرد هذا الخلاف إلى خلاف آخر فيما يحدث من الجنين عند انفصاله دالا على حياته من استهلال وغيره أهو شرط لصحة الوصية أم شرط لاستحقاق الحمل ما أوصي له به، حتى يظهر أنه حي فيكون أهلا لأن يملك بالوصية له، فمن ذهب إلى أنه شرط لصحة الوصية جعل الغلة لورثة الموصي إذ لا يترتب على الوصية أثر قبل صحتها ولا تثبت صحتها قبل تحقق شروطها، وعلى ذلك أصحاب الرأي الأول. ومن ذهب إلى أنه شرط لاستحقاق الحمل ما أوصى له به وأن الوصية في ذاتها صحيحة جعل الغلة للموصى له إذا ظهر أنه كان في بطن أمه حيا،



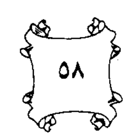
وعلى ذلك أصحاب الرأي الثاني. ويظهر أن هذا الفريق يرى أن الحمل يملك قبل وضعه متى ظهر أنه حي في بطن أمه إذ يكون حينئذ أهلا لأن يملك بالوصية عند وفاة الموصي.

وفي رأيي أن استهلال الجنين ونحوه عند وضعه إنما يتخذ دليلا على أن الجنين كان حيا في بطن أمه، ولكنه لا يصح دليلا على أنه كان موجودا عند وفاة الموصي، فإذا قام على ذلك دليل أيضا تبينا أن الموصى له كان موجودا وقت ثبوت الملك له، وعلى ذلك تكون الغلات له على هذا الأساس، أما إذا لم يكن أهلا لأن يملك إلا بعد وضعه حيا فلا يكون له ملك إلا بعد وضعه، وإذن تكون الغلات والمنافع لورثة الموصي. كما أنه يجب أن يلاحظ أيضا أن ما يوجد من الغلات بعد موت الموصي وقبل وجود الحمل يجب أن يكون للورثة مطلقا استهل الجنين عند ولادته أم لم يستهل؛ لأن الملك لا يثبت لمعدوم.

أما رأي الحنفية في هذه الغلات فيقضي بأن تكون للجنين متى ثبت أنه قد انفصل حيا وكان موجودا عند الوصية. لأن الملك يثبت للموصى له بالموت عندهم، ولا تتوقف الوصية للجنين على قبول، فإذا مات الموصي ثم تبين أن الجنين كان حيا ظهر أنه قد ملك من حين الموت وإلى ذلك ذهب الشافعية. وذلك بناء على ما هو الصحيح عندهم من أن الملك يثبت عند الموت بالوصية بشرط أن يتحقق القبول. وتتبعه معه الزوائد والمنافع.

ويخالف في ذلك الحنابلة على القول الأصح عندهم وهو القول القاضي بأن الملك إنما يثبت من وقت القبول، وعلى ذلك لا يكون للجنين ملك إلا عند قبول وليه أو وصيه.

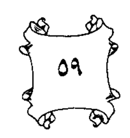
هذا، وقد أخذ القانون برأي الجمهور القاضي بأن الوصية للحمل تحتاج إلى القبول من الولي أو الوصي عليه؛ ذلك لأن النظام التشريعي القائم في مصر يقضي بإقامة وصي على الحمل المستكن عند الحاجة إلى ذلك، وقياسا



على جواز إقامة وصي على الحمل يعد مسئولا عن أمواله يكون وليه الشرعي كأبيه كذلك مسئولا عما يصير إليه من مال بوراثة أو وصية فكان من المتفق مع هذا التشريع أن تكون الوصية للحمل وهي طريق لأن يمتلك ما لا يحتاج إلى قبول من يكون الولاية على ماله، بعد استئذان الجهة القضائية المختصة، شأنه في ذلك شأن فاقد الأهلية عند الوصية له، وذلك وضع مقبول لأن أمر الوصية منوط بانفصاله حيا، ولا شك أن الجنين يصح أن يكون له في هذه الحال مال ولهذا المال من يلي عليه فلا يدخل في ملكه إلا ما يقبله الولي النائب عنه.

وقد شرط القانون في مادته العشرين لصحة قبول الوصية وردها أن يكونا بعد وفاة الموصي، وأطلق ذلك بالنسبة لجميع أحوال الموصى له المعين سواء أكان حملا أم فاقد الأهلية أم ضعيفها، وهذا الإطلاق يفيد أن قبول الوصية من وليه أو الوصي عليه يجوز أن يكون قبل وضعه ويجوز أن يكون بعد وضعه إذا كان بعد وفاة الموصي في الحالين؛ إذ الشرط أن يكون بعد وفاة الموصي فقط.

وليس يفوتنا أن ننبه إلى أن قانون الوصية حين أوجب على الولي أو الوصي أن يستأذن الجهة القضائية في قبول الوصية للحمل أو القاصر أو المحجور عليه وفي ردها لم يفرق بين وصية مشروطة بالتزامات على الموصى له ووصية مطلقة غير مشروطة بشيء وغير محملة بتكاليف على الموصى له.
وفي إيجاب هذا الاستئذان على هذا الوضع من الإطلاق مخالفة لما صدر بعد ذلك من تشريع، فقد جاء في المادة ١٢ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ «لا يجوز للولي أن يقبل هبة أو وصية للصغير محملة بالتزامات معينة إلا بإذن المحكمة، والولي في المادة يشمل الأب، والجد عند فقد الأب، وكذلك فيه مخالفة لما جاء بالمادة ٣٩ من هذا القانون إذ تنص في فقرتها التاسعة على أن الموصي إنما يستأذن المحكمة في قبول التبرعات المقترنة بشرط أو في رفضها، فقد جاء في المادة المذكورة:



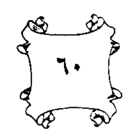
لا يجوز للوصي مباشرة التصرفات الآتية إلا بإذن من المحكمة ثم نص في الفقرة ٩ على ما يأتي:

تاسعا: قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها.

لا شك أن الوصية تعد من التبرعات، فكل من هاتين المادتين يدل بمفهومها المخالف على أن الوصية إذا لم تكن مشروطة بشرط ولم تكن محملة بالالتزامات معينة يجوز للولي سواء أكان أبا أم جدا وللوصي أن يقبلها من غير إذن من المحكمة، سواء في ذلك الوصية للحمل أو للصبي أو للمحجور عليه للسفه أو للغفلة، ومفروض بحكم قانون الولاية على المال أن أمر هذه الوصية سيعرض حتما على المحكمة عند الإخطار بضم الموصى به إلى أموال المحجور عليه حتى يدخل في دائرة رقابتها، م ١٦٩ من القانون المذكور وعند ذلك تتحقق المحكمة من سلامة الوصية من تكليف المحجور عليه بأي التزام وإلا نظرت في الأمر.

وبما أن قانون الولاية على المال رقم ١١٩ قد صدر في سنة ١٩٥٢ بعد صدور قانون الوصية الذي صدر في سنة ١٩٤٦ فإنه يعد مقيدا لقانون الوصية وناسخا له في وجوب الاستئذان عند خلو الوصية من الالتزامات التي يكلف بها الموصى له المحجور عليه، وإنه بناء على ذلك لا يلزم الولي ولا الوصي ولا القيم الاستئذان في هذه الحالة.

أما اختيار القانون مذهب الشافعية والمالكية في عدم التفرقة بين الصبي المميز والصبي غير المميز في اشتراط قبول الوصية من الولي أو الوصي وعدم جواز قبولها منهما ولا من المحجور عليه لسفه أو غفلة، فلأن ذلك يتفق مع ما ذهب إليه قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الذي لم يجعل لهؤلاء ولاية التصرف قبل انتهاء الولاية عليهم إلا في أحوال خاصة وهي عندما يؤذن أحد منهم - ممن يصح الإذن له - بتسلم أمواله لإدارتها، فعند ذلك تجوز له أعمال الإدارة فقط، وليس منها قبول الوصايا - والذين يجوز



الإذن لهم هم من يأتي: القاصر الذي بلغ الثامنة عشرة من عمره والمحجور عليه للسفه والمحجور عليه للغفلة - م ٥٤، ٥٥، ٥٦، ٦٧.

هذا، ومن المفهوم أن من له الولاية على مال فاقد الأهلية أو ضعيفها مقيد شرعا في جميع تصرفاته بالنظر والمصلحة للمولى عليه، فلا تنفذ تصرفاته على المولى عليه إلا إذا كانت في مصلحته، أما إذا لم يكن فيها نظر فلا تنفذ عليه، وعلى ذلك لا يجوز له رد الوصية ولا قبولها ولا ينفذ شيء من ذلك على المولى عليه إلا إذا كان في ذلك نظر ومصلحة له، أما إذا لم يكن فيه نظر له فلا ينفذ عليه وعند ذلك يكون للمحكمة المختصة أن تنظر في الأمر وتقرر ما تراه.

الوصية لمن يحصى ولمن لا يحصى:

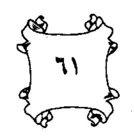
إذا كانت الوصية لمتعدد محصور وهم جميعا أهل للملك - كان القبول متأتيا منهم أو ممن له الولاية على أموالهم - فإنه يجب لوجود الوصية وتحققها شرعا عند فريق من الفقهاء وهم «القائلون بأن القبول ركن» ولنفاذها ولزومها عند فريق آخر - أن يقبلها الموصى لهم أو من له الولاية على أموالهم - حكمها في ذلك حكم الوصية لشخص واحد معين، وذلك كالوصية لجماعة من الناس عينوا بأسمائهم أو بالإشارة إليهم أو بوصف من أوصافهم وهم محصورون كالوصية لأولاد فلان، أو لفقراء أسرة فلان أو نحو ذلك - ذهب إلى ذلك الحنفية وجمهور المالكية وإليه أيضا ذهب الشافعية والحنابلة والزيدية والشيعة الجعفرية وهذا ما يقضي به قانون الوصية بإطلاق المادة ٢٠ منه.

وذهب بعض المالكية إلى أن الوصية إذا كانت لمعين بالوصف وهم محصورون لا تتوقف على القبول وتلزم بوفاة الموصي(١).

أما إذا كانت الوصية لجماعة عينوا بالوصف وهم غير محصورين فلا تتوقف على القبول منهم أو من بعضهم عند جميع الفقهاء، بل وتتم وتلزم

---

(١) راجع حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير جـ٤ ص ٤٣٤ طبعة صبيح.



بالموت - ويرى بعض الشيعة الجعفرية كما في تحرير الأحكام أنها في هذه الحال تتوقف على القبول من الحاكم.

أقول: ومثله من يمثلهم إذا كان لهم ممثل على ما يظهر لي من كلامهم.

غير أن الحنفية يشترطون لصحة الوصية في هذه الحال أن يكون الموصى لهم قد عينوا بوصف ينبئ عن الحاجة وضعا أو عرفا كالفقراء والمساكين وطلبة العلم - أما إذا عينوا بما لا ينبئ عن الحاجة كسكان القاهرة فإن الوصية لهم في هذه الحال تكون باطلة.

وخالفهم في ذلك جمهور الفقهاء من المالكية والحنابلة والشيعة الجعفرية فذهبوا إلى صحة الوصية لمن عين بالوصف سواء أكان وصفا ينبئ عن الحاجة أم كان لا ينبئ عنها، وللزيدية في هذا النوع من الوصايا وجهان، أصحهما كما قال يحيى بن حمزة أنها صحيحة، والآخر لا تصح لعدم حصرهم.

أما الشافعية فلهم في ذلك قولان: **أحدهما**: أن الوصية تصح وإن عين الموصى لهم بوصف لا ينبئ عن الحاجة، وتصرف عندئذ إلى ثلاثة منهم بالاجتهاد، كالوصية لبني هاشم فيكون حكمها حكم الوصية للفقراء. ولمنفذ الوصية حينئذ حق التفضيل فيفضل منهم الأشد حاجة أو أقرباء الموصي.

ثانيهما: أن الوصية في هذه الحال تكون باطلة، لأنه لا يمكن إعطاء الموصى به لجميعهم، وليس لمثل هذا الوصف عرف في الدلالة على بعضهم بالخصوص، وهذا هو ما ذهب إليه الحنفية(١).

وقد احتج الحنفية بأن الوصية لمن هو أهل للملك تكون للتمليك، والموصى له إذا لم يكن محصورا وهو أهل للملك يكون مجهولا لعدم الإحاطة به عادة، ولا يصح التمليك لمجهول، فبطلت الوصية لذلك. ولكن إذا كان الموصى له محصورا فإنه يكون حينئذ معلوما للإحاطة به، فتصح الوصية له لأنها تمليك لمعلوم - ولكن إذا كان الموصى له غير محصور وقد

(١) راجع المهذب جـ١ ص ٤٦٢ وتحفة المحتاج جـ٦ ص ١١٣ والبحر الزخار جـ٥ ص ٣٢٢.

عين بوصف ينبئ عن الحاجة، فإن ذلك يدل على أن المراد بها التصدق لا التمليك فكانت في الواقع وصية في قربة، كالوصية بالتصدق، فلم تتوقف على القبول، وتمت ولزمت بمجرد موت الموصي، ولا يثبت بها ملك لأحد من الموصى لهم، ولا يجب فيها أن تعممهم بالإعطاء لهم، ولا أن يسوى بينهم فيه، ويجوز إعطاء من وجد منهم بعد وفاة الموصي، وحرمان من كان موجودا عند وفاته، ولا يشترط في الإعطاء إلا وجود من يعطى منها حين القسمة، ولا يثبت الملك فيها لأحد إلا بالقبض.

واستدل من أجازها مطلقا بأن هذه الوصية في أية حال من أحوالها لا تخلو من معنى القربة، ولو كانت لغني، بدليل أن النبي ﷺ ندب إلى الهدية[1] - وإن كانت له - وكل ما يندب إليه الرسول يعد قربة، والوصية للغني كالهدية له. فكانت قربة أيضا، غير أنها إذا كانت لمحصور كانت أيضا للتمليك. فتوقفت لذلك على قبوله، وتملك بالقبول أو بالموت بشرط القبول، على ما قدمنا، وإذا كانت لغير محصور لم يرد بها التمليك وكانت للقربة، وكان المقصود منها الإنفاق؛ ولذا لا يجب فيها تعميم الموصى لهم بالإعطاء، ولا التسوية بينهم فيه، على ما سنبينه في حكم الوصية لمن عين بوصف ينبئ عن الحاجة، وكانوا غير محصورين.

وقد أشرنا سابقا إلى أن بعض المالكية يرون أن الوصية لمعينين بالوصف وهم محصورون تعطى هذا الحكم أيضا.

ففي حاشية الدسوقي على الدردير: إذا أوصى لمعين كفلان وفلان وأولاد فلان ويسميهم فإن المال الموصى به يقسم بينهم بالسوية. ومن مات منهم بعد موت الموصي وقبل قسمة المال الموصى به فنصيبه لورثته. وإذا أوصى لمن يمكن حصره ولكن دون أن يسميهم. كأوصيت لأولاد فلان أو لأولاد إخوته أو لأخوالي وأولادهم أو لخدمة المسجد الفلاني فقد اختلف في

(١) قال رسول الله ﷺ: «تهادوا تحابوا»، رواه البيهقي برقم (١١٧٢٦).

ذلك على قولين: أحدهما أنهم كالمعينين بالاسم يقسم بينهم المال الموصى به بالسوية، ومن مات منهم قبل موت الموصي فلا شيء له. ومن مات منهم بعده استحق ويقوم ورثته مقامه إذا مات قبل قسمة المال الموصى به. ومن ولد بعد موت الموصي لم يدخل فيهم.

«أقول: وعلى هذا تحتاج الوصية في تمامها ونفاذها إلى قبولهم جميعا»

ثانيهما: أنهم كالمجهولين الذين لا يحصون. فمن مات منهم قبل قسمة المال لم يستحق، ومن ولد بعد موت الموصي استحق. ويقسم المال الموصى به بينهم بالاجتهاد لا بالسوية.

أقول: وعلى هذا القول لا تحتاج الوصية إلى قبول منهم وتتم بوفاة الموصي والقول الأول قول مالك وهو مذهب ابن القاسم في المدونة[1]. والرأي الأخير غريب. ولو أن أصحابه اشترطوا أن يكون العنوان الدال على الموصى لهم منبئا عن الحاجة لكان لهم في ذلك وجه إذ يمكن أن يتخذ ذلك دليلا على أن المراد بالوصية مجرد التصدق لا التمليك. فلا تحتاج إلى قبول منهم وإلا فكيف يقبل ذلك الرأي فيما إذا أوصى شخص لأولاد فلان ولم يسمهم مكتفيا في تعيينهم بهذا الوصف في حين أن وصفهم بهذا الوصف كتسميتهم في التعيين.

حد من يحصى ومن لا يحصى:

والتفرقة في الحكم بين المعين بالوصف إذا كان محصورا، والمعين به إذا كان غير محصور، أو بعبارة أخرى بين من يحصى ومن لا يحصى عند التعيين بالوصف، تتطلب بيان الحد الفاصل بينهما. وفي هذا الحد خلاف الفقهاء: يرى محمد رحمه الله تعالى أن من يحصى من كان دون المائة، أما من وصل مائة أو زاد عُدَّ ممن لا يحصى، وهذا ما عليه العمل، وذهب أبو يوسف - رحمه الله تعالى - إلى أن من يحصى هو من يتيسر إحصاؤهم بغير

---

(١) راجع الدسوقي على الدردير جـ٤ ص ٤٣٤ طبعة صبيح.

كتاب، أما من لم يتيسر إحصاؤهم إلا بكتاب فهم غير محصورين. وذهب الشافعية إلى أن من لا يمكن استيعابهم إلا بمشقة لا يحصون، ومن أمكن استيعابهم بغير مشقة يحصون، وإليه ذهب بعض الحنابلة، ويرى كثير من الفقهاء تفويض الأمر في ذلك إلى القضاء - وأضبط الآراء في ذلك رأي محمد.

متى يكون قبول الوصية أو ردها إلى وارث الموصى له؟

إذا توفي الموصى له قبل وفاة الموصي بطلت الوصية باتفاق عند الفقهاء(١). وإذا توفي بعده قبل أن يقبل الوصية أو يردها تمت الوصية ونفذت بوفاة الموصي وكان الموصى به لورثة الموصى له على حسب ميراثهم، ولم تتوقف على قبول أحد. ذهب إلى ذلك الحنفية والزيدية(٢). وحجتهم أن الوصية تتم من جانب الموصي تماما لا يلحقه فسخ من ناحيته بمجرد موته، وإنما توقف تملك الموصى له بها على قبوله وإرادته مراعاة لحقه في أن يملك أو لا يملك، فإذا توفي قبل أن يفصح عن إرادته لم يبق محل لهذا التوقف، لسقوط هذا الحق بوفاة صاحبه، لأنه حق يتعلق برغبته ومشيئته، ومثل هذا لا يورث عنه.

وعلى ذلك يدخل الموصى به في ملكه بمجرد وفاته دخولا مستندا إلى وقت موت الموصي كما في البيع شرط فيه الخيار للمشتري، فإن المشتري لا يتملك المبيع إلا بإمضاء العقد، ولكن إذا توفي قبل إجازة البيع وإمضائه دخل المبيع في ملكه دخولا مستندا إلى وقت عقد الشراء.

وقد خالف قانون الوصية هذا الرأي فنص في مادته ٢١ على أن الموصى له إذا توفي قبل قبوله الوصية وردها قام ورثته مقامه في ذلك.

---

(١) روي عن الحسن أنها في هذه الحال تكون لولد الموصى له، وذهب عطاء إلى أنها تكون لوارثه إذا علم الموصي بموته ولم يفعل شيئا: غني جـ٦ ص ٤٣٦.

(٢) البحر الزخار جـ٥ ص ٣٠٥.

فأفاد بهذا النص أن حق قبول الوصية وردها ينتقل بوفاة الموصى له قبل مباشرته إلى ورثته بالوراثة. كما يستفاد ذلك من عبارة «قام ورثته مقامه في ذلك» أي في القبول والرد، وذلك يقتضي أن يكون لكل وارث حق القبول والرد في مقدار ما يخصه من الموصى به ميراثا حين ينتقل ملكه إليهم، وذلك ما ذهب إليه المالكية والشافعية وبعض الحنابلة والشيعة الجعفرية، فإنهم جميعا يرون أن حق قبول الوصية وردها ينتقل بحسب الميراث إلى ورثة الموصى له إذا ما قبل قبوله الوصية وردها.

ومن الحنابلة من ذهب إلى أن الوصية تبطل في هذه الحال. واختار الرأي الأول الخرقي واختار الرأي الثاني أبو عبد الله بن حامد. ولم يصرح القانون بما يترتب على قبول الوارث الوصية أو ردها، وطبيعي أن يترتب على رد الوارث بطلان الوصية فيما رد الوارث فيه الوصية. لأن رده فيما يخصه كرد مورثه فتبطل فيه الوصية. فإذا ردها الورثة جميعا بطلت. ولم يكن لواحد منهم أن يقبل منها شيئا بعد ذلك. وإذا ردها بعضهم بطلت في مقدار نصيب من ردها، وكذلك الأمر فيما يترتب على قبول الوارث لها فيترتب على قبوله تمامها في مقدار ما قبله منها. فينتقل بها الملك، ولم يبين القانون لمن ينتقل إليه الملك بقبول الوارث. أينتقل إلى الموصى له المورث فيكون من تركته تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه، ثم يكون الباقي ميراثا لأن الوصية كانت له. والشأن في العقود التي تفيد الملك أن تفيده لأحد طرفيها، وهو من قصد تمليكه، وليس الشأن فيها أن تكسبه شخصا آخر لم يكن طرفا فيها. أم يثبت بها الملك للقابل من الورثة مباشرة عن الموصي لا وراثة عن الموصى له وعندئذ لا يكون المال الموصى به تركة للموصى له فلا تقضى منه ديونه ولا تنفذ وصاياه؛ لأن الوارث هو الذي قبل الوصية فكان له الملك بقبوله، ذهب إلى الرأي الأول الشافعية[1]. وذهب إلى الرأي الثاني بعض الحنابلة والشيعة الجعفرية[2].

---

(١) التحفة جـ٦٠ ص ٦٦.

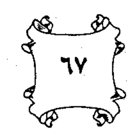
(٢) راجع المغني ص ٤٣٩ وتحرير الأحكام جـ١ ص ٢٩٢.

وذلك فيما أرى نتيجة مترتبة على ما ذهبوا إليه في وقت ثبوت الملك بالوصية على الصحيح عندهم، فلما كان الصحيح عند الشافعية كما تقدم أن الملك يثبت بالوصية عند وفاة الموصي بشرط القبول، وأن الوارث عندهم يقوم مقام مورثه الموصى له في القبول فإنه بقبول الوارث يثبت الملك بها من وقت الوفاة. ولا يمكن أن يثبت حينئذ إلا للموصى له. وإذن تكون الوصية من أمواله ثم من تركته. وتنتقل بوفاته إلى ورثته.

ولما كان الملك يثبت بالوصية عند الحنابلة والشيعة الجعفرية من وقت القبول لا من وقت وفاة الموصي كما سبق بيانه، وكان الوارث يقوم مقام مورثه الموصى له في القبول، كان من نتيجة ذلك أن الملك يثبت للوارث بقبوله، إذ لايثبت الملك لميت، وعلى ذلك لا تكون الوصية تركة للموصى له، وعلى ذلك يمكن أن يقال إن وارث الموصى له قد ورث عنه حق تملك الوصية بقبوله في هذه الحال، وحق التملك من الحقوق المالية التي تورث كحق الشفعة فإنه يورث عند الشافعية والشيعة ويتملك الوارث بقوله تملكت بالشفعة أو أخذت.

وبناء على ما تقدم وعلى أن المعتمد الصحيح عند المالكية هو أن الملك يثبت للموصى له بالوصية من حين موت الموصي، وأن الوارث يقوم مقامه في القبول، يكون مذهب المالكية كمذهب الشافعية في أن الملك يثبت للموصى له بقبول وارثه الوصية. فتكون الوصية من تركته - وهذا ما استظهره وإن لم أره مصرحا به في كتبهم.

وبناء على ما ذكر وعلى أن قانون الوصية يقضي بأن ثبوت الملك بالوصية يكون من وقت وفاة الموصي إذا قبل الموصى له. وعلى أن القانون قد نص في المادة ٢١ على أن وارث الموصي يقوم مقام مورثه الموصى له عند وفاته في القبول والرد، يكون الملك الثابت بالوصية بقبول الوارث هو ملك الموصى له لا الوارث، ويكون المال الموصى به بناء على القانون من تركة
الموصى له لا الوارث، ويكون المال الموصى به بناء على القانون من تركة



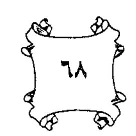
الموصى له، تنفذ منه وصاياه وتسدد ديونه وما بقي لورثته، غير أنه يلاحظ على هذا الرأي أنه إنما يجعل للوارث حق القبول والرد في مقدار ما يخصه من الوصية بحسب الميراث، فإذا قبله كان هذا المقدار تركة للموصى له لثبوت ملكه فيه منذ الوفاة. وعلى ذلك ينتقل هذا المقدار إلى جميع الورثة بالوراثة، وقد يكون باقي الورثة قد ردوا الوصية فتبطل في مقدار ما يخصهم، وتكون النتيجة أنهم قد تملكوا جبرا عنهم ما لا يرغبون في تملكه، وذلك أنهم تملكوا حظهم بالوراثة فيما قبله أحدهم من الوصية، بينما هم لا يرغبون في تملك شيء منهم بدليل ردهم الوصية وهذا وضع لا يخلو من شذوذ.

أما الرأي الآخر الذي يقضي بأن الوارث يتملك ابتداء من الوصية حظه منها بقبوله فلا يرد عليه إلا أن الوارث قد تملك بعقد لم يكن الإيجاب فيه موجها إليه، وليس من شأن العقود أن يتملك بها غير طرفيها، ولكن يدفع هذا أن الموصى له قد ثبت له بوفاة الموصي حق مستقر لازم هو حق تملك الموصى به، وهذا الحق من الحقوق التي تورث. فورثه عن الموصى له ورثته، وعلى ذلك فهم لم يتملكوا بعقد الوصية أي بالإيجاب فيها، وإنما تملكوا بطريق انتقال حق التملك إليهم بالوراثة.

الوصية للمعدوم الذي سيوجد:

اختار الشارع المصري مذهب المالكية فأجاز القانون الوصية لمعدوم سيوجد على ما سنبينه في موضعه مخالفا في ذلك مذهب الجمهور الذي يقضي ببطلان الوصية للمعدوم. وعلى ذلك يجب التساؤل عمن يكون منه قبول الوصية في حالة ما إذا كان الموصى له غير موجود عند وفاة الموصي ثم وجد بعد ذلك؟

والذي يقتضيه النظر هو أن القانون مطلق في عبارته، وأن الموصى له إذا وجد بعد وفاة الموصي لم يعد أن يكون موصي له موجودا أوصي إليه فتطبق عليه أحكام القانون السابقة من وجوب قبوله إياها لتصير لازمة إذا كان معينا يتأتى منه القبول شخصيا، أو قبول وليه أو وصيه عند وجوده إذا وجد وليس



له ولاية كاملة أو كان محجورا عليه لسفه أو غفلة، وعدم احتياج الوصية له في لزومها إلى قبول إذا كان جهة ليس لها من يمثلها على ما سبق بيانه.

وبعيد أن تعد الوصية في هذه الحالة على جميع أوضاعها وصورها وصية لجهة ليس لها من يمثلها. لأن لفظ الجهة كما بينا فيما سبق لا يستعمله القانون في لغته إلا في الدلالة على المنشآت أو جهات البر، دون الدلالة على الأشخاص - وليس يتفق مع نهج القانون ومبادئه أن يملك شخص بعد وجوده مالا رغم أنفه.

والذي يظهر لي أن مذهب المالكية في ذلك هو ما سبق بيانه من اشتراط القبول حيث يجب اشتراطه على ما بيّنا، وذلك عند وجود الموصى له فعلا.

الوصية للميت:

لا تصح الوصية للميت، ذهب إلى ذلك الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية والشيعة الجعفرية وبهذا أخذ قانون الوصية فقرة ٢ مادة ٦.

وخالف في ذلك مالك - رحمه الله تعالى - فذهب إلى صحتها إذا كان الموصي يعلم حين الوصية أنه ميت. وعندئذ تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه. وما بقي فلورثته. فإن لم يكن عليه دين ولا في تركته وصية وليس له وارث بطلت، ولا تعطى لبيت المال. ومقتضى كلامهم أن الوصية للميت لا تحتاج إلى قبول وإن كان مقتضى النظر أنها تحتاج إلى قبول الوارث له حينئذ، إذ كيف يملك رغم إرادته[1].

الوصية للجهات والمنشآت:

إذا كانت الوصية لما هو ليس أهلا للملك كالوصية لجهة من جهات البر العامة كالتصدق والغزو وإنشاء المدارس والمستشفيات والإعانة على الحج ونحو ذلك لم تتوقف على القبول عند الجمهور، وتتم بمجرد وفاة الموصي، لأنها في هذه الأحوال عبارة عن وصية بإنفاق مال في سبيل الله تعالى.

---

(١) الدردير جـ٤ ص ٤٢٦ والمغني جـ٦ ص ٤٣٦.



ويرى الشافعية أنها إذا كانت لمسجد احتاجت إلى قبول الناظر عليه. لأن المسجد عندهم أهل لأن يملك[١]، وقياسا على ذلك إذا كانت وصية لمستشفى احتاجت إلى قبول مديره وهكذا.

ويرى بعض فقهاء الشيعة الجعفرية كما قدمنا أن الوصية لغير المحصور كالفقراء وكذلك الوصية لجهات البر تحتاج إلى قبول من الناظر على هذه الجهات التي أوصي لها أو إلى قبول الحاكم إن لم يكن ناظر، لأن الوصية، عقد بين طرفين فلا يتم إلا بقبول الطرف الآخر غير الموجب كما جاء في شرائع الإسلام وكفاية الأحكام.

والمادة رقم ٢٠ من قانون الوصية «في فقرتها الأخيرة» تقضي بأن الوصية للجهات والمؤسسات والمنشآت تتوقف على قبول من يمثلها قانونا، فإن لم يكن لها من يمثلها لزمت الوصية لها بدون توقف على القبول.

وظاهر هذا أنه لا فرق في ذلك بين أن يكون الموصى له مسجد أو مدرسة أو مستشفى أو جماعة لا يحصون كطلبة الأزهر، ففي كل هذه الأحوال تتوقف الوصية على قبول الممثل لها.

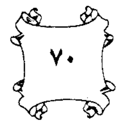
وإذا كانت الوصية لما سيوجد من هذه الجهات طبقا للمادة رقم ٨ من القانون وجب أيضا قبولها عند وجود هذه الجهات ممن يكون ممثلا لها إن كان لها ممثل عندئذ، وإلا لم تحتج إلى ذلك، وتمت لها بمجرد وجودها، وذلك بحكم إطلاق الفقرة الثانية من المادة ٢٠.

وهذا الرأي يتفق في جملته مع رأي الشيعة الجعفرية المارّ بيانه عندما يكون لهذه الجهات من يمثلها ومع رأي الجمهور إذا لم يكن لها من يمثلها.

هذا، وقدساير القانون في اشتراطه قبول الوصية للجهات والمنشآت والمؤسسات ممن يمثلها عند وجوده المبادئ القانونية العامة التي تجعل لهذه الجهات والمؤسسات والمنشآت شخصية معنوية عند توافر شروط خاصة نصت

---

(١) نهاية المحتاج جـ٦ ص ٦٥ تحفة المحتاج جـ٦ ص ٩٤ والبحر الزخار جـ٥ ص ٣٠٥.



عليهـا القوانين، إذ إنهـا في هذه الحال تكون بحكم القـانون المدني ذات ذمة فتجب لها حقـوق قبل غيرها، وتجب عليها واجبات لغـيرها وتصير أهلا لأن تملك، وعند ذلك يجب ألا يثبت لها ملك إلا بقبـول من يمثلها قانونا، وعليه إذا أوصى لها اقـتضى اتسـاق الأحكام وجوب قبـول هذه الوصية ممـن يمثلها شأنها في ذلك شأن ضعيف الأهلية.

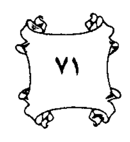
وقد يقال إذا توفي الموصي ولم تكن الجهـة الموصى لها قد وجدت عند ذلك يمكن اعتـبارها جـهة لا ممثل لها، إذ لا يكون لهـا ممثل وهي معـدومة، وعند ذلك لا تحتاج إلى قـبول حتى بعد وجودها. وذلـك للزوم الوصية منذ توفي الموصي.

وأرى أن هذا بعيد الإرادة من الشارع لأن المراد بلزوم الوصية المنصوص عليه في المادة ٢٠، من القانون لزومها بالنسبة للموصى له وعدم استطاعته أن يستقل بفسخـها، وذلك ما يستلزم صحتها، وإذا كـان الموصى له غير موجود عند الوفاة ورتبنا على ذلك أن الوصية صحيحـة لازمة لأنها وصية لجهة ليس لها من يمثلها، ثم لم توجد هذه الجهـة بعد، وتحقق اليأس من عدم وجودها؛ فكيف يكون لهـا هذا الحكم مع أن القانون قـد نص على بطلان الوصـية في هذه الحال. أي كـيف تكون صحيحـة لازمة باطلة حينئذ؟ هذا مـا لا يتفق. وإذن ففي هذه الحال يجب أن تتوقف الوصيـة على وجود الجهة الموصى لها، ثم تلزم بقبولها ممن يمثلها إن وجدت ولها ممثل وإلا ظهر بطلانها.

صيغة الوصية:

انعقـادها باللفظ - بالكتابة - بالإشارة - شـرط سماع الدعـوى بها - اقترانها بالشروط - إضافتها - تعليقها.

صيغة الوصية: ما به وجودها وتحققها في الخارج من كل ما يدل على تصرف أو التزام يترتب عليه تحمل التركة ابتداء بعد الوفاة بحق من الحقوق.



انعقادها باللفظ:

وقد تكون الصيغة عبارة ملفوظة وقد تكون عبارة مكتوبة وقد تكون إشارة دالة عليها.

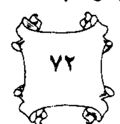
وتنص المادة ٢ من القانون على أن الوصية تنعقد بالعبارة أو بالكتابة، والمراد بالعبارة كل عبارة ملفوظة تفيد معنى الوصية الذي بيّناه فيما سبق وتدل عليه بأي نوع من أنواع الدلالات، وبأية لغة من اللغات، وليس ذلك محل خلاف بين الفقهاء. ففي الهندية عن المحيط: إذا قال شخص: سدس مالي لفلان أو ربعه مثلا ثم مات بعد ذلك ولم يكن من فلان قبض لهذا المال كان ذلك وصية استحسانا إذا كان قد قال ذلك في خلال الوصايا، لأن ذكره في خلال الوصايا قرينة دالة على إرادة الوصية. وفي تكملة البحر: روي عن أئمتنا الثلاثة محمد وأبي يوسف وأبي حنيفة في رجل قال في مرضه أو في صحته: إن حدث لي حادث فلفلان كذا. إن هذا وصية. وكذا لو قال: لفلان ألف درهم من ثلثي فهو وصية، وذلك لاشتهار الحادث في الدلالة على الوصية في مثل هذا التعبير. ولأن كلمة ثلثي قد اشتهرت في الوصايا فصارت دالة على ثلث التركة.

وعلى هذا يُرى أن الحنفية يرون أنها تنعقد باللفظ الدال على معنى الوصية وضعا أو عرفا أو بمعونة قرينة مقارنة. وليس في المادة ما يخالف ذلك.

وفي الدسوقي على شرح الدردير الكبير أنها تنعقد بكل لفظ يدل على الوصية صراحة: كأوصيت أو كان في دلالته عليها غير صريح ولكن يفهم منه إرادة الوصية بقرينة.

وقال في المواق: ولا يتعين لها لفظ مخصوص.

ومثل ذلك في جميع المذاهب. ولا شك أن المراد بالعبارة في المادة عبارة الموصي. أما إذا كانت العبارة صادرة من غيره فإن ذلك الغير يعتبر فيها فضوليا وعندئذ تتوقف الوصية على إجازتها وإقرارها من الموصي. كأن يقول أجزت ذلك أو أقررته إذ تكون العبارة بذلك في حكم الصادرة منه.



انعقادها بالكتابة:

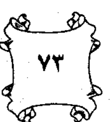
سوى القانون بين إنشاء الوصية باللفظ وإنشائها بالكتابة. فنص في المادة ٢ على أن الوصية تنعقد بالعبارة أو بالكتابة. وفي هذا النص إطلاق يدل على أنه لا فرق في ذلك بين وصية في مجلس يضم من يشهد عليها ووصية في مجلس لا يضم إلا الموصي وحده. ولا بين موصي قادر على النطق والتعبير والبيان، وآخر لا بقدر على ذلك، لأي سبب من الأسباب التي يُعتقل بها اللسان، سواء أكان السبب عارضا موقوتا منتظرا زواله، أم غير منتظر الزوال.

والمراد بالكتابة في المادة الكتابة المستبينة المرسومة الدالة على معنى الوصية والتزامها وإبرامها على الوجه المفهم المعتاد بين الناس، لا الكتابة غير المستبينة.

ولكي يتضح لك الفرق بين النوعين ننقل إليك بيان الحنفية في ذلك فهم يقسمون الكتابة ثلاثة أقسام: كتابة مستبينة مرسومة - وكتابة مستبينة غير مرسومة - وكتابه غير مستبينة.

فغير المستبينة هي الكتابة التي لا يبقى لها أثر بعد الفراغ منها كالكتابة في الهواء والكتابة في الماء. وهذا النوع من الكتابة لا ينشأ بعد عقد ولا التزام، ولا يترتب عليه أثر ولا حقوق، لأنه غير ظاهر الدلالة، ولا يُطمأن إلى إفادته.

والكتابة المستبينة هي الكتابة التي يكون لها بقاء بعد انتهائها والمرسوم منها - كما جاء في مسائل شتى من الجزء الثاني من مجمع الأنهر قبيل كتاب الفرائض - هو المعنون المصدر مثل أن يكتب في أوله من فلان إلى فلان أو يكتب في أوله: إلى فلان وفي آخره من فلان وذلك على ما جرت به العادة - وهذه حكمها حكم النطق وهي من الغائب والحاضر على السواء. قال: وفي زماننا: ختمها شرط لكونها على الوضع المعتاد. وكذا كتابتها على كاغد حيث يشترط ذلك بناء على العرف المعروف حتى لو كتب على غيره تكون غير مرسومة له اهـ.



أما غير المرسوم منها فهو كالكتابة على الجدر وأوراق الأشجار ونحو ذلك مما لا يعد مرسوما.

وقد ذكر ذلك ابن عابدين في حاشيته على الدر المختار وعلق على ذلك الرافعي في تقريره فقال في بيان غير المرسومة أنها المكتوبة على غير المعتاد لأنها كناية ولا يتأتى وجود ما يفسرها من الكاتب لعدم الوقوف على نيته وعدم اعتبار إشارته المفسرة.

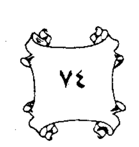
وحكم هذا النوع من الكتابة حكم الكناية بالنسبة إلى الصريح فلا يحتج بها ولا يترتب عليها أثر إلا بالنية والبيان. وفي فتح القدير آخر كنايات الطلاق ما يدل على ذلك وعلى أن بيان النية من الصحيح يكون بلسانه، ومن الأخرس بكتابته.

وبناء على ما ذكر تنعقد الوصية بالكتابة المرسومة المستبينة، وهي الكتابة على الوضع الذي اعتاده الناس في إنشاء العقود والالتزامات بها ممن يستطيع النطق وممن لا يستطيعه، وتنعقد كذلك بالمستبينة غير المرسومة إذا انضم إليها ما يفيد إرادة الالتزام والإنشاء بها، كالإشهاد عليها ونحو ذلك.

وكما تنعقد الوصية بكتابة الموصي على وجه ما ذكر تنعقد أيضا بكتابة غيره إذا أمره الموصي أن يكتبها ثم قرئت عليه فأقرها. ويكون ذلك إما بأن يمضيها أو بأن يقول لشهود اشهدوا عليّ بما فيها أو نحو ذلك كما يدل على ذلك ما في الأشباه والنظائر نقلا عن المجتبى فقد جاء فيها ما نصه:

كتب رجل صكا بخط يده إقرارا بمال أو وصية، ثم قال لآخر: اشهد عليّ من غير أن يقرأه عليه وسعه أن يشهد اهـ.

وفي الخانية من الشهادات: رجل كتب صك وصية، وقال للشهود: اشهدوا بما فيه ولم يقرأه عليهم، قال علماؤنا: لا يجوز لشهود أن يشهدوا بما فيه. وقال بعضهم يسعهم أن يشهدوا. والصحيح أنه لا يسعهم. وإنما يحل لهم أن يشهدوا بإحدى معان ثلاث (١) إما أن يقرأ الكتاب عليهم (٢) أو



يكون قد كتب الكتاب غيره ثم قرئ عليه بين يدي الشهود وقال لهم اشهدوا عليّ بما فيه(٣) أو يكتبه هو بين يدي الشهود وهم يعلمون ما فيه، ويقول لهم اشهدوا بما فيه - وليس يخفى أن هذا الكلام في جواز الشهادة لا في انعقاد الوصية وأن جواز الشهادة في الحال الثانية دليل على صحة الوصية حين يكتبها غيره ثم يقرها هو إذ يكون حينئذ في كتابتها فضوليا ويكون إقرارها إجازة لها، أما إذا كتبها غيره ولم يكن أملاه إياها، ولا أقرها فلا تنشأ بها الوصية، ولا يترتب عليها أثر.

وقد أحسن القانون صنعا إذ سوى بين النطق والكتابة، وما كان ينتظر إلا أن يفعل ذلك وقد أصبحت الكتابة في الناس طريقة أساسية في الإبانة والإفصاح كالنطق، وأخذ الناس جميعا يتعلمونها ويرون الجهل بها نقصا معيبا لا يليق بإنسان، ثم انتهوا إلى اتخاذها الوسيلة الأولى في إنشاء العقود والالتزامات فيما له خطر عظيم، فلا يكاد يتم التزام فيما له خطر إلا بها وذلك لدقتها وبقائها واتخاذها وثيقة.

ولم يكن القانون في التسوية بين العبارة والكتابة مبدعا بل كان في ذلك متبعا. أخذ في ذلك بأرجح الرأيين في مذهب أحمد كما ذكر ذلك ابن قدامة في مغنيه وقال إنه رأي كثير من الفقهاء كعبد الملك بن يعلى ومكحول والليث والأوزاعي ومحمد بن مسلمة وأبي عبيد وسالم بن عبد الله وإسحاق وروي أيضا عن مالك، وهو ما ذهب إليه الحنفية كما في مجمع الأنهر، وإليه ذهب الزيدية.

وليس ما جاء عن غير من تقدم من الفقهاء من وجوب تقييد الكتابة بقيود خاصة يجب توافرها لكي تنشأ بها الوصية ويترتب عليها أثرها، كأن يكتب الموصي وصيته ويُشهد عليها، أو يقول للشهود أنفذوها، أو يقرأها عليهم. وما إلى ذلك من القيود التي ذهب إليها جمهور المالكية وذهب إليها الشيعة الجعفرية وذهب إليها بعض الشافعية إلا نتيجة لاختلاف العرف والزمن. يدلك على ذلك توجيههم لأقوالهم بأن الكتابة وحدها لا تدل على

---

(١) المغني لابن قدامة جـ٦ ص ٤٨٩.



الإبرام والبت، وأنها قد تكون للتروي، وقـد تكون لغير ذلك من الأغراض، وكل هذه الاحتمـالات ساقطة الآن عرفا في الكتابة المـرسومة التي تجيء على الوضع المتعارف في إنشاء العقود.

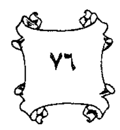
ويؤيد هذا أن الشـارع لم يقـيـد الناس في طرائق إنشـائهم لعـقـودهم والتزاماتهم بشكل من الأشكال الظاهرية، وإنما أخذهم بأنهم إذا ما تعاقدوا أو تعاملوا أو تعهـدوا أو تبرعوا وجب عليهم أن يكونوا عند التزامـهم وعهودهم وشروطهم التي أفصحوا عنها بأية طريقة من طرق الإفصاح والبيان ولذا لم أر من الحكمة أن أتعرض لشـرح ما جاء في إنشاء الوصية بالكتـابة من خلافات مذهبية، لأن مـثل هذا فيما أرى لا يعدو في الوقت الحـاضر أن يكون عرضا تاريخيا ليس هذا مكانه، ويستطيع من أراد معـرفته أن يرجع إلى مصادره في كتب الفقه القديمة، ولو عاش أرباب هذه الآراء في العصر الحاضر لعدلوا عن رأيهم، ولسووا بين النطق والكتابة في إنشاء العقود كما فعل القانون.

انعقاد الوصية بالإشارة:

نص في المادة ٢ من القـانون على أن الوصية تنعـقد بعـبارة الموصي أو كتابته فإذا كان عاجزا عنهما انعقدت وصيته بإشارته المفهمة.

وعلى ذلك إذا كان الموصي عاجزا عـن النطق لأي سبب من الأسباب، ولكنه يستطيع الكتابة لم تنعقد وصيته بحكم القانون إلا بكتابته أو بكتابة غيره ثم إقرارها منه على ما ذكرنا فيـما سبق. وهذا الحكم هو رواية الأصل لمحمد ووجـهه أن الكتـابة تعـبيـر بيّن بالقلم وقـد حل مـحل النطق في كـثيـر من الحالات، وشاع استعمالها في العقود الخطيرة، وتفضيلها على النطق. فكانت مثله في قـوة الدلالة وإنشاء العقود، وكـانت الإشارة أضعف منها فـلا يعدل عنها إلى الأضعف، كما لا يعدل عن النطق إليها عند استطاعته النطق.

وعند الحنفية قول آخر هو أن الإشارة تكفي في إنشاء العقود عند العجز عن النطق، سواء أكانـت الكتابة مستطاعة من العـاقد أم غير مـستطاعة، لأن الأصل في إنشاء العقود هو العبـارة وإذا تحقق العجز عن الأصل ورخص في



البدل قام أي بدل مقام الأصل، فيقوم كل من الإشارة والكتابة في إنشاء العقد مقام الأصل، ولا يشترط العجز عن الكتابة لقيام الإشارة مقام النطق، وهذه رواية الجامع الصغير.

وفي الأشباه: الإشارة من الأخرى معتبرة وتقوم مقام عبارته في كل شيء إلا في الحدود، ثم ذكر أن كتابة الأخرس كإشارته، واختلفوا في اشتراط العجز عن الكتابة للعمل بإشارته، والمعتمد عند الحنفية عدم الاشتراط كما جاء ذلك في عامة الكتب المعتبرة، وفي ذلك نظر واضح.

ومذهب المالكية والشافعية والحنابلة والشيعة الجعفرية متفق مع رواية الجامع الصغير القاضية بعدم اشتراط العجز عن الكتابة.

جاء في الخرشي: يتحقق ركن الوصية من الأخرس بإشارته المفهمة ولو كانت ممن يقدر على الكتابة(١).

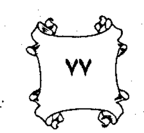
وجاء في المغني: وتصح وصية الأخرس بإشارته المفهمة لأنها قائمة مقام نطقه وإلا فلا تصح. ومثل ذلك عند الشافعية غير أنهم قالوا إذا فهمها العامة كانت من قبيل الصريح وإذا لم يفهمها إلا الفَطِن كانت من قبيل الكناية واحتاجت إلى النية في العمل بها، ويستدل على النية بإشارة أخرى يفهمها العامة أو بالكتابة.

أما الإشارة من الناطق فباطلة في جميع العقود اتفاقا عند جميع الفقهاء، واستثنى الحنفية الإشارة في الإفتاء والإقرار بالنسب والإسلام والكفر، فذهبوا إلى العمل بمقتضاها متى كانت مفهمة.

ويلاحظ أن المادة قد عبرت بالعجز فشملت الأخرس ومن اعتقل لسانه لسبب من الأسباب، ولو لضعف لم يستطع معه الكلام، فتصح وصيته حينئذ بالإشارة.

---

(١) الخرشي جـ٥ ص ٤١١.



وقد اختلف الحنفية في وصيته كما في مجمع الأنهر والفتوى على صحتها إن دامت العقلة سنة. أو اتصلت بالموت وإلا لم تصح وصيته(١).

والقول الآخر إنها لا تصح إذا لم تدم عقلته سنة ولو اتصلت بالموت، وقال محمد بن مقاتل: المريض إذا لم يستطع الكلام لضعفه إلا أنه عاقل وأشار برأسه إلى وصيته فقد صحت وصيته. ولم يشترط لذلك مدّة. وفي المحيط البرهاني إذا استمر المرض جازت وصيته كالأخرس. والظاهر استمراره السنة التي قدرت في معتقل اللسان. وفي فتاوى النقلي إذا اتصل المرض بموته قبل أن يقدر على النطق جازت وصيته بإشارته، إذ قد تحقق اليأس من كلامه. وهذا هو الأشبه والأظهر لأن العجز بالضعف كالعجز بالاعتقال إذا اتصل به الموت طالت المدة أو قصرت، لأن المسألة مسألة ضرورة.

ولا يفرق المالكية في الحكم بين الأخرس ومعتقل اللسان لسبب من الأسباب. وكذلك الحكم عند الشافعية والشيعة الجعفرية وبذلك أخذ قانون الوصية.

أما الحنابلة فقد اختلفوا فمنهم من ذهب إلى أن معتقل اللسان ينتظر زوال عقلته ولا تصح وصيته بإشارته، حتى لو عرضت عليه وصيته حال اعتقال لسانه فأشار برأسه أي نعم لم تصح، ذكره القاضي، وهو قول الثوري والأوزاعي، وقيل تصح إذا اتصل الموت بالعقلة، وهو قول عند الحنفية(٢).

وبمناسبة الكلام على انعقاد الوصية بالكتابة تعرض القانون لشرط سماع الدعوى بها عند إنكارها وهذا بيانه.

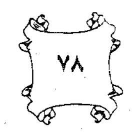
شرط سماع دعوى الوصية والرجوع عنها:

إن الحق الثابت بالوصية كأي حق آخر لازم لا يشترط في الدعوى به شرعا إلا أن يكون ثابتا في الواقع وحدث النزاع فيه ولكن الناس وقد ضعف

---

(١) راجع ١٢٤ و ١٩٩ فن ٢ من الأشباه والدر المختار ورد المحتار من كتاب الوصية.

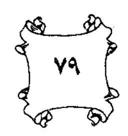
(٢) مغنى جـ٦ ص ٥٢٩.



عندهم وازع الدين وجدوا في الحقوق التي تترتب على الوصايا أنها لا تثبت إلا بعد وفاة الموصين، وفي هذه الحال يحول الموت بينهم وبين أن ينكروا أو يدفعوا ما ينسب إليهم زورا وبهتانا من وصايا تفترى عليهم فكثرت دعاوى الوصايا الباطلة المفتراة، وزعم أصحابها أن الورثة لا يعلمون من أمرها شيئا، أو يعلمون ولكن يمنعون الحق ظلما وعنادا. وما كان أيسر عليهم عندئذ أن يتقدموا لإثباتها بشهادات مزورة، ملفقة كتزوير دعاويهم وتلفيقها. ولو أن الناس قد استجابوا إلى إرشاد الشريعة وحضها إياهم على كتابة وصاياهم حتى كانت كتابتها سنة، [كما ذهب إلى ذلك الحنابلة «كشاف القناع»]. إذ يروي البخاري ومسلم عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده»(١) ويرويه الدارقطني: «لا يحل لمسلم يبيت ليلتين إلا وصيته مكتوبة عنده»(٢)، لو أن الناس استجابوا إلى ذلك لسدَّ باب التزوير في وجوه هؤلاء الضالين. أما ولم يكن لهذا الإرشاد أثره فإن المشترعين في مصر لم يروا بدا من معالجة هذه الحال عن طريق تخصيص القضاء، فكان أن اشترط في لائحة سنة ١٨٩٧ في المادة ٣٢ ما يأتي: لا تسمع دعوى الوصية أو الإيصاء أو الإقرار بهما إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى، وكان العمل على أن هذا النص إنما يطبق عند الإنكار حيث يكون الموضع حينئذ موضع ادعاء أمام المحاكم.

ثم دعت الحاجة بعد ذلك إلى زيادة القيود في سماع هذه الدعاوى فنص في المادة ١٠٠ من لائحة سنة ١٩١٠ «القانون ٣١ لسنة ٩١٠» على أنه يجب في الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ ميلادية ألا تسمع فيها دعوى الوصية أو الإيصاء أو الإقرار بهما بعد وفاة الموصي إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك تدل على ما

(١) البخاري (٢٧٣٨)، ومسلم (٣/ ١٢٤٩).
(٢) سنن الدارقطني (٤٣٣٤).



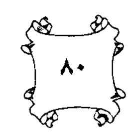
ذكر. وأبقى نص المادة ٣٢ من لائحة سنة ١٨٩٧ بالنسبة للحوادث السابقة على ذلك التاريخ على ما هو عليه ولكن مع زيادة ما ظهر نقصه حين العمل، وهو أن تكون الدعوى عند الإنكار. وبعد وفاة الموصي - إذ لا محل للادعاء مع الإقرار، ولا محل له أيضا في حال حياة الموصي؛ لأن الدعوى بذلك حال حياته غير ملزمة له لجواز رجوعه من الوصية إذا أراد. وفي لائحة سنة ١٩٣١ «القانون ٧٨ لسنة ١٩٣١» أبقى النص كما هو في لائحة سنة ١٨٩٧ وقد تم ذلك التشريع بناء على ما للحاكم من حق تخصيص القضاء موضوعا ومكانا. ثم لما صدر قانون الوصية وضعت هذه القيود فيه معدلة بعض التعديل الذي دعت إليه المصلحة، فأجيز سماع دعوى الوصية بورقة عرفية مصدق على إمضاء الموصي عليها وإن لم تكن جميعها بخطه، ولم يكن ذلك جائزا. وقيد الرجوع عن الوصية عند دعوى ادعائه بالرجوع القولي لأنه لا يتصور في الرجوع الفعلي إشهاد ولا كتابة. وهو في ذاته واقعة مادية من اليسير كشف شهادة الزور فيها بكثير من الأسباب.

وصار الحكم في جواز سماع دعوى الوصية وفي الرجوع القولي عنها بعد وفاة الموصي كما يأتي:

أولا: تسمع دعوى الوصية ودعوى الرجوع عنها عند إقرار المدعى عليه بها بدون قيد ولا شرط إذ لا محل لحماية المدعى عليه حينئذ بعد أن أقر بحق المدعي.

ثانيا: إذا أنكر المدعى عليه الدعوى لم تسمع بالوصية ولا بالرجوع القولى عنها إلا بالشروط الآتية:

(أ) بالنسبة للوصايا أو الرجوع القولي عنها مما قد يدعى حصوله من الموصي قبل سنة ١٩١١ يجب لسماع الدعوى بذلك وجود أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى. وليس من اللازم أن تكون هذه الأوراق ممضاة من الموصي بل يكفي أن



تقدم مستندا أو كتابات تدل على أن الموصي قد أوصى لفلان بكذا أو على أنه قد رجع عن وصيته لفلان بكذا. ولا يشترط في هذه الأوراق إلا أن تكون خالية من شبهة صنعها لهذا الغرض أو لغرض آخر، وذلك ما يترك تقديره إلى المحكمة.

(ب) فيما بعد ذلك التاريخ من حوادث الوصايا والرجوع القولي عنها لا تسمع فيها دعوى ما ذكر إلا بأحد أمور ثلاثة:

الأول: وجود أوراق رسمية تدل على الوصية أو على الرجوع عنها، وذلك كأن يوجد إشهاد من الموصي بذلك. أو يثبت ذلك في تحقيق رسمي على يد موظف مختص بذلك أو نحو ذلك.

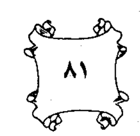
الثاني: وجود ورقة مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك فلا تكفي ورقة مكتوبة بخط غيره وعليها إمضاؤه بخطه.

الثالث: وجود ورقة مصدق على توقيع الموصى عليها ولو لم تكن بخطه «مادة ٢ من قانون الوصية».

اقتران الوصية بالشرط:

نريد بالشرط التزام المتصرف في تصرفه أمرا زائدا على أصل ذلك التصرف سواء أكان هذا الالتزام مما يقتضيه ذلك التصرف بأن كان أثراً من آثاره أم لم يكن كذلك. وسواء أكان فيه منفعة لمن التزم به أو لغيره أم لم يكن فيه منفعة لأحد.

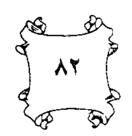
والاشتراط في العقد يكون عادة إذا رأى العاقد المشترط أن آثار العقد ونتائجه لا تحقق له رغبة يبتغيها من عقده، فيشترط في عقده تحقيق تلك الرغبة له، ليكون له ما يطلبه من ذلك العقد.



وليس بين الفقهاء خلاف في أن الشروط التي يشترطها الناس في عقودهم منها ما هو مباح جائز التزامه، ويجب عند اشتراطه الوفاء به، إذا ما تم التعاقد عليه، ويسمى هذا النوع بالشروط الصحيحة. ومنها ما هو محاور لا يجوز التزامه، ولا يجوز الوفاء به، إذا ما اتقق عليه. ويسمى هذا النوع بالشروط الفاسدة، والباطلة حسب اختلاف الفقهاء في اصطلاحهم على تسمية هذا النوع من الشروط. وعلى الجملة فهذا النوع ينتظمه اسم «الشرط غير الصحيح». وإنما يختلف الفقهاء فيما يعد من هذه الشروط شرطا صحيحا مباحا يصح معه العقد ويجب الوفاء به إذا ما اشترط، وما يعد منها شرطا غير صحيح محظورا اشتراطه ولا يجوز الوفاء به إذا ما اشترط في عقد من العقود، كما يختلفون فيما يترتب على اشتراط هذا النوع الأخير من الشروط في عقد من أثر فيه، أيكون العقد معه غير صحيح، أو يكون معه صحيحا ويلغو هذا الشرط فقط لعدم صحته.

وقد حدث هذا الاختلاف في الشروط منذ الصدر الأول. حدث في عهد الصحابة والتابعين ومن أخذ الفقه عنهم، ونقلت آراؤهم المختلفة في الشروط تشترط في العقود، وما يترتب على اشتراطها من أثر فيها، إلى من جاء بعدهم من الأئمة والفقهاء الذين عنوا بوضع الضوابط والحدود التي تنتظم جميع ما أثر من الأحكام الفقهية الشرعية. فكان هذا الاخلاف مع ما ورد في الشروط من آثار متعارضة في أحكامها سببا في تعدد الضوابط والحدود التي تتميز بها الشروط الصحيحة واختلافها. ذلك لأنها ضوابط قد استنبطت من حلول مختلفة متعددة وردت في شروط ومسائل متماثلة، وكانت مع ذلك مختلفة على وضع لا يجمعها ضابط واحد ولا يحدها حد مستقر ثابت.

وبناء على ذلك تعددت المذاهب في حكم الشروط التي تشترط في العقود، وتفاوتت سعة وتضييقا على الناس، فكان أضيقها دائرة مذهب أهل



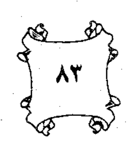
الظاهر، وأوسعها دائرة مذهب فريق من الحنابلة على رأسهم ابن تيمية وابن القيم، وإليه مال فريق من الشيعة الجعفرية، وبين هذين المذهبين مذاهب متعددة اختلفت ضيقا وسعة.

فأهل الظاهر يذهبون إلى أنه لا يصح لعاقد شرط إلا إذا ورد به نص عن الشارع، وكل شرط لم يرد به كتاب ولا سنة شرط باطل يبطل العقد باشتراطه فيه. وذلك لأن الرضا الذي يقوم عليه هذا العقد قد قرن بذلك الشرط وأسس عليه، فإذا بطل الشرط ولم يوف به زال الرضا الذي قام عليه العقد، فيبطل العقد لزوال ما قام عليه. وقد نقل ابن تيمية عنهم أنهم مع ذلك التضييق لم يصححوا شروطا وردت بها السنة بناء على أن الأثر الذي ورد بها منسوخ، أو على أنه أثر غير ثابت.

ولا ريب في أن هذا رأي لا يصلح عليه أمر الناس ولا تستقيم معه المعاملة، فإن العقود إنما شرعت سدا لحاجات الناس وتوفيرا لمصالحهم، وما شرع الاشتراط فيها إلا لهذه الغاية، عندما تكون آثارها ومقتضياتها في بعض الأحوال تقصر عن مطالبهم منها، ولا تبلغ بهم غايتهم، فيضاف إليها من الشروط ما يفي بتلك المطالب، وما يحقق لهم هذه الغايات، وذلك ما يستوجب أن يكون الاشتراط في العقد على العموم جائزا إلا إذا ترتب عليه ضرر فنهى عنه الشارع لذلك.

وابن تيمية وابن القيم ومن ذهب مذهبهم يرون أن الشروط الصحيحة هي التي لم يرد عن الشارع نهي عنها، ولا تتعارض مع ما شرعه الله تعالى، سواء أقام الدليل على اعتبار الشارع لها، أم لم يقم، وسواء أوافقت مقتضى العقد أم لم توافقه، لاءمت حكمه أم لم تلائم.

وبناء على هذا المذهب يكون الأصل في الشروط عامة الصحة، ولا يكون غير صحيح منها إلا ما نهى عنه الشارع أو بعبارة أعم: إلا ما خالف شرع الله.



وقد ذهب هذا المذهب فريق من الشيعة الجعفرية، وهو المذهب المختار عند الطباطبائي، فقد جاء في كتاب مفاتيح الأصول: إذا شرط شرط في عقد ولم يقم دليل من الشرع على صحته أو على فساده بالخصوص فهل الأصل فيه الصحة أو الفساد؟ فيه إشكال ولكن يحتمل احتمالا قويا الأول لعموم قوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»[١].

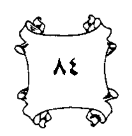
بين هذين المذهبين مذهب الحنفية ومذهب المالكية ومذهب الشافعية ومذهب جمهور الحنابلة ومذهب الزيدية ومذهب جمهور الشيعة الجعفرية - وليس أهل كل مذهب من هذه المذاهب على اتفاق بينهم في البيان والتفريع؛ فبينا يُرى أن بعضهم يعد شرطا من الشروط صحيحا يرى أن بعضهم الآخر يعده غير صحيح. وبينا يرى أن طائفة منهم ترى أن العقد لشرط معين فيه عقد فاسد لأنه شرط غير صحيح يرى أن طائفة أخرى تعده صحيحا، وتلغي هذا الشرط وحده، وتجعل اشتراطه كعدمه، ودراسة هذه الآراء ووزنها ومقارنتها بعضها ببعض يتطلب دراسة مستقلة خاصة لسنا الآن بصددها، وإنما عرضنا لها استطرادا تمهيدا لدراسة أحكام الوصية عند اقترانها بالشروط، ويكفي في هذا التمهيد أن نجمل القول في أشهر الآراء من المذاهب الشهيرة، ليكون كالأساس لما نذكره من أحكام الوصية، وليتبين لنا مصدر قانون الوصية ومستمده في هذا الموضوع.

مذهب الحنفية:

يرى الحنفية أن الشروط التي تشترط في العقود ثلاثة أنواع: شروط صحيحة، وشروط فاسدة، وشروط باطلة.

والشرط الصحيح منها عندهم ما كان مقتضى للعقد. أو ملائما له وليس محظورا شرعا. أو جاء بجواز اشتراطه دليل شرعي، أو جرى العرف على اشتراطه وفسر بعض الحنفية الملائم للعقد بالمقرر لمقتضاه أو المؤكد

(١) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٢٤٥٤).



لمقتضاه، وفسره صاحب السراج الوهاج بأنه ما كان راجعا إلى بيان صفة مطلوبة في محل العقد أو في أثره، وهذا التفسير أوضح وأشمل من سابقه، وعلى ذلك يرى أن الشرط الصحيح عندهم أربعة أنواع:

١- ما يقتضيه العقد واشتراط هذا النوع كعدم اشتراطه لأن الالتزام به واجب على أية حال بنفس العقد إذا لم يشترط، أو به وبالشرط إذا اشترط.

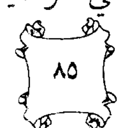
٢- الملائم للعقد كاشتراط الموصي أن يكون انتفاع الموصى له بالموصى به على وضع معين: كأن يحدده بوقت، أو يجعل بدايته من وقت معين بعد الوفاة، أو يشرك معه آخر في الانتفاع، أو نحو ذلك.

٣- ما جاء بجواز اشتراطه دليل شرعي: كأن يوصي شخص لآخر بمائة جنيه على أن يؤجل تسليمه إياها سنة بعد وفاته، أو يوصي بإقراضه مائة جنيه مؤجل أداؤها إلى سنة بعد أن يتسلمها.

٤- ما جرى العرف باشتراطه - وفي هذا النوع خلاف زفر. فإنه لا يرى: أن جريان العرف باشتراط شرط مخالف لمقتضى العقد - بجعله شرطا صحيحا بعد أن كان فاسدا؛ إذ لا تشريع للعرف.

ويلاحظ أن النوعين الثالث والرابع إذا كانا ملائمين للعقد كانا من متناول النوع الثاني، وعلى ذلك فالمعني بهما إذن: أنهما شرطان مخالفان لمقتضى العقد، وأن الشأن فيهما لذلك أن يكونا فاسدين - لولا أن الشارع أجاز اشتراط الأول منهما، وأن العرف قد جرى على اشتراط الثاني منهما - دون أن يكون من وراء اشتراطه مفسدة، وكان جريان العرف باشتراطه - دليلا على أن المصلحة قد اقتضت اشتراطه، فكانت المصلحة في اشتراطه، وهي من الأدلة الشرعية. وكان لذلك شرطا صحيحا جائزا اشتراطه.

هذا، وقد يكون الشرط الصحيح شرطا هو في مصلحة الموصي، وقد يكون في مصلحة الموصى له، وقد يكون بيانا وتفصيلا لما أوصى به، وقد يكون لإدخال غير الموصى له معه في الوصية؛ فيكون شريكا للموصى له فيها



- كما أن من أنواع الاقتران بالشرط - ما هو في معنى تعليق الوصية على الشرط الذي اقترنت به، وعندئذ يكون حكمها حكم الوصية المعلقة؛ فيتوقف ثبوتها على تحقق ذلك الشرط، كما جاء في المبسوط، والبحر الرائق. وسنذكر تفصيل ذلك فيما سيأتي.

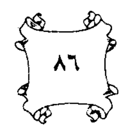
والشرط الفاسد عندهم ما عدا ذلك من الشروط - إذا كان في اشتراطه منفعة لمن هو أهل للاستحقاق: سواء أكان أحد العاقدين أم غيرهما. ولابد أن يكون مخالفا لمقتضى العقد، أو يكون اشتراطه منهيا عنه بدليل شرعي؛ لما يترتب على اشتراطه من مفسدة.

والشرط الباطل هو ما عدا الصحيح - إذا لم يكن في اشتراطه منفعة لأحد من أهل الاستحقاق. وإن شئت قلت: هو ما عدا الصحيح والفاسد.

وقد ذكر الحنفية: أن الشرط الصحيح إذا اشترط في العقد وجب الوفاء به؛ لأنه مما تم التعاقد والاتفاق عليه، فكان جزءا من العقد يلزم بلزومه. وأن الشرط الفاسد إذا اشترط في العقد - فسد به - إذا كان عقد معاوضة مالية: كالبيع، والإجارة، والصلح عن مال، والمزارعة، والمساقاة، والقسمة. أما إذا لم يكن عقد معاوضة مالية - فإن الشرط يلغو، ولا يؤثر في صحة العقد: وذلك كالزواج، والخلع، والهبة، والوصية، والرهن، والكفالة، والحوالة. وأن الشرط الباطل إذا اشترط في أي عقد من العقود - لغا وحده وكأنه لم يشترط؛ وعليه فلا تأثير له في العقد.

وبناء على هذا الأصل يكون اقتران الوصية بالشرط الصحيح صحيحا، ويجب الوفاء به وتنفيذه، ويكون اقترانها بالشرط الفاسد، أو بالشرط الباطل كعدمه لا أثر لذلك فيها، والوصية معها صحيحة؛ لأنها ليست من عقود المعاوضات.

ومما تقدم يتبين: أن مرد الفساد في الشرط الفاسد أحد أمرين: أحدهما - أن يكون في اشتراطه منفعة لأحد من أهل الاستحقاق؛ وذلك لما يترتب على ذلك من زيادة لا مقابل لها وهي محظورة شرعا لشبهها بالربا، وذلك إنما يكون في عقود المعاوضات المالية فقط، ثانيهما - أن ينهى الشارع عنه -



والأمر الأول لا يتحقق في الوصية لأنها ليست من عقود المعاوضات، وإنما يتحقق فيها الأمر الثاني: كأن يشترط في الوصية بمال لعمارة مسجد صرف جزء منه في تذهيب سقفه وحوائطه؛ فإن ذلك مما نهى عنه الشارع، أما اشتراط شرط فيه منفعة لأهل الاستحقاق خلاف الموصي والموصى له - فهو شرط صحيح في الوصية؛ لأنه إشراك له فيها وبه يصير موصى له؛ لأن اشتراط منفعة في الوصية لمن هو أهل للاستحقاق: سواء أكان الموصى له أم غيره لا يشبه الربا؛ لانعدام معنى المعاوضة في الوصية، بل إنه لا يعدو أن يكون اشتراطه وصية بهذه المنفعة لمن اشترطت له، وليس يمتنع على الموصي أن يوصي لأكثر من واحد.

تطبيق على ما تقدم:

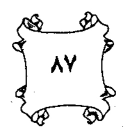
وينبني على ما ذكرنا ما يأتي:

١- إذا أوصى رجل لآخر بثلث ماله على أن يحج عنه، جازت الوصية - إن قبل الموصى له ذلك[1]، وهذا شرط فيه مصلحة للموصي، ولم يمنع ذلك أن يكون صحيحا لازم التنفيذ بنفاذ الوصية.

٢- إذا أوصى شخص لآخر بهذه الدار على أن يحج بثمنها، أو أوصى له بهذه الفرس على أن يغزو بها في سبيل الله - فالوصية للموصى له يفعل بها ما يشاء[2]؛ وهذا لأنه شرط فاسد لمخالفته لمقتضى العقد؛ إذ مقتضى الوصية أن يكون الموصى به ملكا للموصى له، والمالك يفعل بملكه ما يشاء، ولا يفرض عليه غيره تصرفا خاصا؛ ولذا كان شرطا فاسدا، وكان لاغيا، وصحت الوصية. والفرق بين هذا وسابقه أن نفقات الحج لم تفرض في الموصى به.

ومثل ذلك في الحكم- ما إذا أوصى شخص لآخر بدار على أن تكون رقبتها ملكا له مدة عشر سنوات، ثم ترد إلى ورثته، أو أوصى له بها على ألا

(١، ٢) البحر الزخار جـ٨ ص ٤٦١.



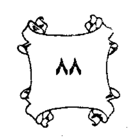
يسكنها، أو على أن يبيعها لفلان، أو على أن يجعلها مسجدا. أو أوصى لفلان بثلث ماله على أنه إذا توفي وبقى منه شيء - كان هذا الباقي لفلان آخر، فإن كل هذه الوصايا تصح ويلغو ما شرط فيها من هذه الشروط لما ذكرناه.

٣- إذا أوصى بأن ينفق في عمارة مسجد كذا ألف جنيه من ماله - على أن يصرف نصفها في تذهيب سقفه، أو أوصى بأن ينفق من ماله هذا هذا المبلغ على فقراء أسرته من الرجال على أن يشتري لهم منها ملابس من الحرير - فالوصية صحيحة، والشرط لاغ؛ لأنه شرط محظور شرعا فكان فاسدا، لأن تذهيب المسجد ولبس الرجال للحرير كليهما محظور.

٤- وإذا أوصى شخص لآخر بهذه الدار على أن تكون له رقبتها، ولفلان منفعتها - صحت الوصية والشرط - وإن كان فيه منفعة لغير الموصي والموصى له، لأن ذلك إيصاء بالرقبة لشخص، وبالمنفعة لآخر، وذلك جائز: وسواء في ذلك أن يجعل منفعتها لفلان مادام حيا، أو مدة معينة من الزمن - كثلاث سنوات - وقد صح الشرط وإن كان فيه مصلحة للغير.

٥- وكذلك إذا أوصى شخص لفلان بمنفعة دار على ألا ينتفع بها إلا مدة ثلاث سنوات بعد وفاته، وعلى أن تكون منفعتها لفلان آخر بعد هذه المدة - صحت الوصية والشرط؛ لأنه شرط صحيح ملائم للوصية، من ناحية أنه مبين لما أوصى به، وإن كان فيه منفعة لغير الموصي والموصى له.

٦- وإذا أوصى لفلان بألف جنيه على ألا يتزوج، فمات الموصي ولم يتزوج الموصى له حتى قبل الوصية تمت الوصية، وكان له ما أوصى به له، وإذا تزوج بعد ذلك لم تبطل الوصية، ولا يسترد منه المال الموصى به إن كان قد أخذه؛ ذلك لأنها مشروطة بامتناعه عن



الزواج عند موته، لا بامتناعه عن الزواج إلى وفاته؛ إذ لا يعقل أن يوصي له بعد وفاته[1].

أما إذا أوصى له بالمال على ألا يتزوج أبدا، أو على ألا يتزوج مدة ثلاث سنوات - فلا تكون له الوصية إلا إذا تحقق الشرط؛ وذلك لتصريح الموصي بالتأبيد، أو التوقيت، فإن تزوج في الحال الأولى، أو تزوج قبل مضي ثلاث سنوات في الحال الثانية - بطلت الوصية لفوات شرطها؛ وذلك لأنها وإن كانت وصية مقترنة بشرط. إلا أنّ الاقتران به في معنى تعليق الوصية على تحققه؛ إذ من أحوال الاقتران بالشرط ما هو في معنى تعليق الوصية، مثل - أن يوصي لفلانة بكذا بشرط أن تظل غير متزوجة إلى ما بعد وفاته بسنة، أو بشرط أن تنجح في امتحان كذا، أو بشرط أن تكون عزبة عند الوفاة. أو بشرط أن تكون بالغة عند الوفاة، ومثل أن يوصي لمسجد كذا بمال ينفق في عمارته بشرط أن يكون إمامه عند وفاته فلان، أو الناظر عليه فلان، أو بشرط أن تزيد تركته عند وفاته على مبلغ كذا، ونحو ذلك. ففي هذه الأحوال كلها لا تصح الوصية، ولا يترتب عليها أثرها إلا إذا تحقق الشرط. كما سيأتي في التعليق[2].

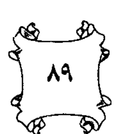
٧- إذا قال شخص: أوصيت بثلث مالي إلى فلان أو بكذا: يعطيه من شاء - كانت الوصية لمن يشاء فلان وضعها فيه دون نفسه فيعطيها لولده أو لغيره بعد وفاة الموصي؛ لأنه قد أقامه منفذاً لها، وإذا قبل ذلك لم يكن له أن يغير من ذلك شيئا لانقطاع مشيئته. وكأن الموصي أوصى بذلك. وعلى ذلك إذا لم يشأ حتى توفي بطلت الوصية. ولو قال الموصي: يضعه حيث شاء جاز له أن يضعه في نفسه. ولو قال أوصيت به إلى بني فلان - على أن لفلان أن يفضل بعضهم على بعض فقال فلان: لست أرى أن أعطى أحدا منهم بطلت مشيئته وكانوا فيه بالسوية[3].

---

(١) المبسوط جـ٢٨ ص ٩٠.

(٢) المبسوط جـ٢٨ ص ٢٨، ص ٤٣ - ص ٤٧، ص ٨٩، ص ٩٠.

(٣) راجع كتاب الوقف لهلال ص ٢٩١ ص ٢٩٢ ص ٢٩٣، ص ٢٩٦، ص ٣٠٣، ص ٣١٢.



مذهب المالكية:

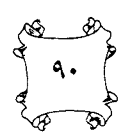
ذهب المالكية - إلى أن الشرط نوعان: نوع يقتضيه العقد الذي شرط فيه أي أنه أثر من آثاره، ونوع لا يقتضيه ذلك العقد.

واشتراط شرط من النوع الأول كعدم اشتراطه؛ لأنه لازم على أية حال: اشترط أم لم يشترط.

أما النوع الثاني من الشروط فقسمان: قسم لا ينافي مقتضى العقد الذي شرط فيه، ولا يؤدي إلى الإخلال بشرط من شروط صحته، وقسم ينافيه، أو يؤدي إلى الإخلال بشرط من شروط صحته.

والقسم الأول هو الشرط الصحيح. فإذا اشترط في عقد لزم الوفاء به؛ وفاء لما تم التعاقد عليه، متى كان الوفاء به ممكنا، فإن لم يكن الوفاء به ممكنا فسح العقد؛ لأن العقد قد قام على الرضا به والوفاء به؛ لما فيه من المصلحة، فإذا لم يمكن الوفاء به فات الرضا بالعقد فيفسخ. ومن هذا القسم: اشتراط التأجيل في ثمن المبيع، واشتراط التوثيق برهن، أو كفيل عند البيع بالنسيئة، واشتراط وصف في أحد البدلين، واستثناء منفعة معينة من المبيع، واشتراط عمل من البائع في المبيع كحمله للمشترى إلى مكان معين، والإيصاء لفلان بقرض على أن يعطى به رهنا.

أما القسم الثاني فهو الشرط غير الصحيح. فإن أدى اشتراطه إلى الإخلال بشرط من شروط صحة العقد الذي اشترط فيه كان مبطلا للعقد، ولم يكن للعاقدين خيار في إمضائه؛ لأنه شرط بحل ما حرمه الله. وذلك كشرط يؤدي إلى جهالة توجب نزاعا، كاشتراط دفع الثمن عند الميسرة، فقد يقول البائع: خلت ذلك قريبا فرضيت. وكاشتراط الخيار لمدة مجهولة، فإن صاحب الخيار حينئذ قد يرغب في إطالة أجله وينازعه في ذلك صاحبه، وكاشتراط دفع الثمن من ثمرات المبيع، فقد لا يثمر البيع إلا بعد مدة لا يرضاها البائع، أو لا يثمر أبدا.



وكذلك الحكم إذا أدى اشتراطه إلى الوقوع في محرم: كاشتراط المرتهن على الراهن أن ينتفع بالرهن ما دام تحت يده؛ لما يترتب على ذلك من الربا. وكالوصية من مسلم ببناء قطعة أرض على أن يكون المبنى كنيسة.

وأما إذا كان هذا الشرط منافيا لمقتضى العقد: كأن يتسبب عنه حرمان أحد العاقدين مما يملكه بالعقد فهو شرط فاسد مفسد للعقد. وذلك مثل: أن يشترط البائع على المشتري ألا يتصرف في المبيع مدة معينة من الزمن، أو لا يؤجره إلا لفلان، أو لا ينتفع به على وضع معين. ففي كل هذه المسائل وأمثالها يفسد العقد باشتراط هذا الشرط ما تمسك به مشترطه، فأما إذا تركه وتنازل عنه لغا وصح العقد.

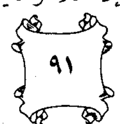
ولم يتعرض المالكية في كتبهم لهذا التفصيل والبيان في الوصية اكتفاء بما ذكروه في البيوع، ثم تطبيقه على الوصية.

وتطبيقا لذلك يرى أن الوصية يصح اقترانها بالشرط الصحيح عندهم، فإذا اقترنت به لزم الشرط؛ وذلك كأن يوصي شخص لآخر بدار على أن يسكنها سنة كذا، ولا يؤجرها لغيره فيها. فإذا تمت الوصية كان للموصى له السكنى فقط هذه السنة ولم يكن له أن يؤجرها لغيره فيها، لأن هذا شرط صحيح لعدم منافاته لمقتضى العقد، ولم يؤد اشتراطه إلى الإخلال بشرط من شروط صحة الوصية فلزم الموصى له الوفاء به.

وجاء في المدونة من كتاب الوصايا الثاني ما نصه:

قلت: أرأيت إن أوصى لأم ولده بألف درهم على ألا تتزوج. فقالت: لا أتزوج. وقبضت الألف. ثم إنها تزوجت بعد ذلك؟. قال؛ شهدت مالكا سئل عن امرأة هلك عنها زوجها وقد أوصى إليها على ألا تنكح فتزوجت، فقال مالك: أرى أن تفسخ وصيتها. فأرى مسألتها مثل هذه. تنزع الألف إن تزوجت[1].

(١) المدونة جـ٥ ١٥ ص ٢٤ - ويظهر أن الزوجة التي سئل مالك عن الوصية لها: إما زوجة كتابية، أو أجاز الورثة الوصية لها وإلا فلا وصية لوارث.



وقد راعى مالك في هذا الحكم حقيقة ما جعله الموصي شرطا، وفسخ الوصية أو أبطلها عند عدم الوفاء بما شرط.

وهذا الحكم كما ترى يخالف ما ذهب إليه الحنفية في هذه المسألة. وقد بيناه فيما سبق.

وهي مسألة تدل أيضا على أن الوصية تقبل الاقتران بالشرط عند المالكية، وأنه لا بد لاستحقاق الوصية عندهم من تحقق الشرط إذا ما كان اقترانها به في معنى تعليقها عليه، فإذا لم يتحقق وفات فسخت الوصية واسترد الموصى به من الموصى له.

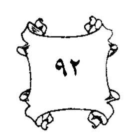
هذا حكم اقتران الوصية بالشرط الصحيح عندهم. أما إذا اقترنت بالشرط الفاسد، ومات الموصي مصرا عليه - فإن ما ذكروه في حكمه الذي بيناه يقتضي أن الشرط إذا أدى إلى الإخلال بشرط من شروط صحة الوصية - فإن الوصية تبطل معه.

كما إذا أوصى شخص لما تحمله هذه المرأة - بشرط ألا يستهل عند وضعه، وكذلك إذا أدى إلى الوقوع في محرم. كما إذا أوصى شخص بأن يشتري لفلان المسلم خمرا بمبلغ كذا يعطى له؛ فإن الوصية في هذه الحال تبطل أيضا.

أما إذا كان منافيا لمقتضى العقد: كأن أوصى شخص لفلان بداره - على ألا يؤجرها؛ فإن الوصية معه تبطل إذا مات مصرا على هذا الشرط. أما إذا تنازل عنه الموصي قبل وفاته - فإن الوصية تصح ويلغو الشرط - هذا هو مقتضى التطبيق - وإن لم أرَ: أنهم قد صرحوا به في الوصية.

مذهب الشافعية:

أما الشافعية فإنهم يرون: أن الشرط قد يكون في اشتراطه غرض عادة وعرفا، وقد لا يكون في اشتراطه غرض.



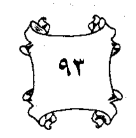
فإذا لم يكن في اشتراطه غرض كان شرطا لاغيا، لأن اشتراطه لعب؛ فلا يلزم الوفاء به، ولا تأثير له في العقد الذي اشترط فيه. وذلك محل اتفاق بين جمهورهم.

أما إذا كان في اشتراطه غرض: فإن كان من مصلحة العقد اشتراطه صح ولزم الوفاء به: سواء أكان فيه نفع لأحد العاقدين أم لهما جميعا. ومن هذا النوع ما يشترط لبيان أحد البدلين وبيان صفتهما، ومنه اشتراط التوثيق برهن أو كفيل عند تأجيل الثمن. وإن لم يكن من مصلحة العقد اشتراطه كان شرطا فاسدا مفسدا للعقد الذي اشترط فيه، وذلك كاشتراط ما ينافي مقتضى العقد مثل: أن يشترط الزوج على زوجته ألا ينفق عليها، أو يشترط عليها في العقد أن تنفق هي عليه.

ولم يبين الشافعية - متى يكون اشتراط الشرط في مصلحة العقد، ومتى لا يكون في مصلحته. ولكن يرى الشيخ زكريا الأنصاري: أن الشرط إذا كان يؤدي إلى بقاء صلة، بين العاقدين بعد تمام العقد لا يكون من مصلحة العقد اشتراطه؛ لأن بقاء هذه الصلة قد يسبب نزاعا بين العاقدين يمتد إلى العقد وتنفيذه،. وإن كان لا يؤدي إلى ذلك - كان من مصلحة العقد اشتراطه وكان صحيحا.

وفي رأيي: أن هذا البيان محل للنظر. فكل من التوثيق والتأجيل شرط صحيح عند الشافعية. وكلاهما يؤدي إلى بقاء صلة بين العاقدين بعد تمام العقد.

وقد جاء في التحفة أن الماوردي صرح: بأن الوصية من العقود التي تقبل الاقتران بالشرط، وأنه لو أوصى شخص بعتق أمة على ألا تتزوج - عتقت على الشرط، فإن تزوجت لم يبطل العتق ولا النكاح، ولكن يرجع عليها بقيمتها فتكون ميراثا لورثة سيدها، إذ ظهر أن الوصية لم تصح لعدم الوفاء بالشرط. ولكن العتق لا رجوع فيه، فألزمت بقيمتها لذلك للورثة.



وذكر أيضا أنه إذا أوصى شخص لأم ولده بألف على ألا تتزوج، فتوفي ولم تتزوج أعطيت الألف، فإن تزوجت بعد ذلك استرد الألف منها لبطلان الوصية، ثم قال صاحب التحفة:

ومن ذلك يعلم أنه لو أوصى شخص لفلان بعين إلا أن يموت قبل البلوغ فهي لورثته، أو أوصى له بعين إن بلغ، وبمنفعتها قبل بلوغه صح ولزم شرطه. وكذلك إذا أوصى له بكذا إن لم يفعل كذا فقبل وتصرف في الموصى به، ثم فعل ما منع منه ظهر بطلان الوصية والتصرف، فيرجع الوارث بعين الموصى به إن ظل باقيا، أو ببدله إن تلف ولو بعد أعوام، وتنقله من يد إلى أخرى.

وهذا كله يفيد صحة اقتران الوصية بالشرط وصحة تعليقها عليه أيضا. أما إذا كان الشرط منافيا لمقتضاها: كما إذا شرط الموصي بدار على الموصى له ألا يتصرف فيها فإن هذا الشرط بناء على ما تقدم بيانه - شرط فاسد لمنافاته لمقتضى العقد، وتفسد به الوصية، فلا تصح مع هذا الشرط.

مذهب أحمد:

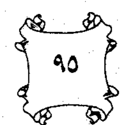
وقد علمت أن الرأي عند أحمد أوسع مما ذهب إليه المالكية، والشافعية والحنفية.. إذ قد بلغه في العقود والشروط فيها من الآثار عن النبي ﷺ، وعن أصحابه - ما لم يبلغ غيره من الأئمة فقال به، وبما في معناه قياسا عليه، وثبت عنده ضعف ما اعتمده غيره من آثار تدل على بطلان ما رآه صحيحا من شروط، كما ضعف ما اعتمده غيره من قياس في ذلك يدل على خلاف ما ذهب إليه.

وقد يعتمد طائفة من أصحابه عمومات الكتاب والسنة التي تدل على الوفاء بالعهد أو بالشرط أساسا في تصحيح الشروط على الإطلاق - إلا ما ورد فيه دليل خاص صحيح بحظرة - ولهذا روي عنه تصحيح شرط الخيار في أكثر من ثلاثة أيام، وتصحيح اشتراطه في النكاح - وجوزه ابن حامد وغيره في الضمان، كما نقل عن أحمد: جواز استثناء بعض منافع ما يخرجه

العاقد من ملكه في جميع العقود، واشتراط شرط زائد على مقتضاها عند الإطلاق. فجوز الزيادة عليه بالشرط والنقص منه بالشرط - ما لم يخالف ذلك نصا، وعلى ذلك جوز للبائع أن يستثني بعض منافع المبيع كخدمة العبد وسكنى الدار - إذا كان ما استثناه مما يجوز تمليكه للغير بعقد من العقود؛ اتباعا لحديث جابر رضي الله عنه؛ إذ استثنى ظهر بعيره إلى المدينة حين باعه للنبي ﷺ، كما جوز للمعتق أن يستثني خدمة العبد مدة حياته، أو حياة سيده، اتباعا لحديث سفينة؛ إذ أعتقته أم سلمة واشترطت عليه خدمة النبي ﷺ ما عاش.

ويجوز عنده أن يعتق السيد أمته ويجعل عتقها صداقها. كما في حديث صفية، وكما فعله أنس بن مالك - وإن لم ترض الأمة؛ لأنه في معنى أنه أعتقها واستثنى منفعة البضع، ولكنه استثناها بالنكاح، إذ استثناؤها بلا نكاح غير جائز - بخلاف منفعة الخدمة - وروي عنه جواز وقف إنسان عينا مع استثناء منفعتها لنفسه مدة حياته، ويجوز أيضا قياسا على ما ذهب إليه استثناء منفعة العين الموهوبة، ويجوز عنده أن يشترط أحد الزوجين في النكاح ما له فيه غرض صحيح: كأن تشترط الزوجة على زوجها ألا يسافر بها، أو ألا ينقلها من دارها، أو ألا يتزوج عليها ولا يتسرى.

ولكنه يرى أن اشتراط شرط ينافي المقصود الأصلي من العقد مبطل له: كاشتراط التوقيت في النكاح، واشتراط أن يطلقها عند طلبها الطلاق، واشتراط البائع على المشتري أن يكون انتفاعه بالمبيع على وجه خاص: كأن يشترط عليه ألا يركب الدابة المبيعة، أو ألا يحمل عليها شيئا. ولكن إذا اشترط عليه أنه إذا باعها باعها له بالثمن الذي اشتراها به صح ذلك عند بعضهم، وكان باطلا مبطلا للعقد عند آخرين. ووجهة الأولين: أن الملك يستفاد به تصرفات كثيرة: فكما جاز بالإجماع استثناء بعض منافع المبيع للبائع - جاز استثناء بعض التصرفات لأنها لا تعدو أن تكون منفعة من منافعه. ووجهة الآخرين: أن هذا شرط مخالف للمقصود من العقد، وهو انتفاع المالك بملكه على الوجه الذي يرضاه لنفسه.



وعلى الجملة - فالمعنى المراد عندهم من أن الشرط يفسد إذا خالف مقتضى العقد - هو مخالفته للمقصود من العقد شرعا، لا ما خالف ما يقصد بالعقد عادة. وإن اختلفوا فيما يعد مقصودا للشارع من شرعه العقد ومداه، وبناء على ذلك اختلفوا في تصحيح بعض الشروط وفي إبطالها[1].

وعلى الجملة - فقد ذكروا أن الفاسد من الشروط: ما كان مخالفا لمقتضى العقد، وأدى اشتراطه إلى رفع العقد بعد تمامه؛ لإثباته ما انتفى بالعقد، أو ما كان منهيا عنه من الشارع. فالأول فاسد لا يفسد به العقد، ولكن يلغو هو فقط، والثاني فاسد مفسد للعقد.

وإذا صح العقد ولغا الشرط عند اشتراط النوع الأول - كان للمشترط أن يفسخ العقد؛ لفوات ما شرطه[2].

وقد جاء في المغني[3]: أن الوصية تصح مطلقة ومقيدة، وأن من قال: إن مت من مرضي هذا، أو في سفري هذا - فثلث تركتي للمساكين، ثم برئ من مرضه، أو خرج من البلدة التي هو فيها - بطلت وصيته؛ ذلك لأنها وصية مقيدة بشرط لم يوجد فبطلت. ولا فرق عندهم بين الوصية المعلقة، والوصية المقيدة. فالتعليق عندهم ضرب من التقييد.

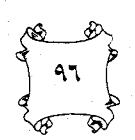
وقد ذكرنا أن فريقا من الحنابلة على رأسهم ابن تيمية، وابن القيم ذهبوا في الاشتراط إلى ما هو أوسع من ذلك، وقرروا أن الأصل في الاشتراط على وجه عام هو الصحة، ولا يحظر منه إلا ما ورد فيه دليل خاص بحظره، أو كان مخالفا لما قصد إليه الشارع من وضع أحكامه، وهو الشرط المنافي للقواعد والأصول العامة التي ندب إليها الشارع، مثل: اشتراطه ترك التزوج أو ترك واجب، أو ترك سنة على العموم.

---

(١) راجع القواعد الفقهية لابن تيمية، ص ١٨٤ - ١٩٢، طبعة السنة المحمدية سنة ١٩٥١.

(٢) راجع المحرر جـ١ ص ٣١٤.

(٣) المغنى جـ٦ ص ٤٤٤.



وعلى الجملة فإن الضابط عندهم في الاشتراط هو عرضه على كتاب الله وسنة رسوله، فما وافقهما، واتفق مع أغراضهما فهو صحيح، وما خالف ذلك فهو شرط باطل مردود، والظاهر أنه فاسد مفسد للعقد عندهم كما هو مذهب جمهور الحنابلة. وعلى ذلك يكون الشرط في الوصية فاسدا إذا عارض مقصودها، ونافى ما شرعت لأجله، أو خالف مقاصد الشريعة على العموم - وإلا كان شرطا صحيحا واجبا نفاذه، وإلا فكيف يستساغ تصحيح شرط يقضي بقتل خصم، أو هجاء أب، أو ترك تزوج، وهي شروط تغري الموصى له على انتهاك حرمات الدين، وتعدي حدود الله.

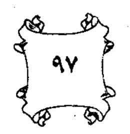
وذهب ابن حزم من أهل الظاهر: إلى أن الوصية بما لا يكون للموصى له عند وفاة الموصي، أو بما لم يجعله الموصي للموصى له عند وفاته على وجه بات غير جائزة. وعلى هذا تبطل الوصية إذا اقترنت بشرط يترتب عليه عدم إنفاذها حين موت الموصي: كما إذا أوصى لفلان بكذا بشرط ألا يتزوج أبدا، أو أوصى لفلان ما لم يسافر إلى جهة كذا، أو أوصى لزوجته ما لم تتزوج بغيره من بعده، ونحو ذلك، لأنه يرى أن الملك إذا لم يثبت للموصى له عند الوفاة يثبت للورثة، وإذا ثبت للورثة لم يكن للموصي فيه تصرف لأنه صار إلى غيره. وقد قال الله تعالى في سهام الورثة: ﴿... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ... ⑫﴾ [النساء]، وقال رسول الله ﷺ: «أموالكم وأعراضكم عليكم حرام»[1] إلى آخره[2].

هذه خلاصة أشهر الآراء الفقهية في الاشتراط، ومنها على الجملة استمد قانون الوصية حكمه في الاشتراط، فنص في (المادة الرابعة منه) على أنه: «مع مراعاة المادة الثالثة تصح الوصية المضافة إلى المستقبل، أو المعلقة

---

(١) جزء من حديث رواه الطبراني في المعجم الكبير (٧٦٣٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (١١٢٧٥).

(٢) راجع المحلى جـ ٩ ص ٣٤٢، ص ٣٢٢.

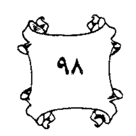


بالشرط، أو المقترنة به. وإن كان شرطا صحيحا وجبت مراعاته ما دامت المصلحة فيه قائمة. ولا يراعى الشرط إن كان غير صحيح، أو زالت المصلحة المقصودة منه. والشرط الصحيح: هو ما كان فيه مصلحة للموصي، أو للموصى له، أو لغيرهما، ولم يكن منهيا عنه، ولا منافيا لمقاصد الشريعة».

وقد تضمنت هذه المادة بيان الحكم، في إضافة الوصية، وفي تعليقها. وذلك ما سنتعرض له فيما يأتي. كما تضمنت بيان الحكم: في اقترانها بالشرط، والتعريف بالشرط الصحيح في نظر القانون. وكل ذلك مع مراعاة ما نص عليه في المادة الثالثة، التي تشترط في صحة الوصية: ألا تكون بمعصية، وألا يكون الباعث عليها منافيا لمقاصد الشارع. وسنعرض لها عند كلامنا على شروط الوصية.

وقد جاءت عبارتها صريحة في أن الوصية المقترنة بالشرط صحيحة، ولم تفرق بين شرط صحيح وشرط غير صحيح لمجيء لفظ الشرط فيها مطلقا غير مقيد، إلا بما تضمنته المادة الثالثة، لأنها تنص على أن الشرط الذي اقترنت به إذا كان شرطا صحيحا وجبت مراعاته، ولزم الوفاء به ما دامت المصلحة فيه قائمة. وإذا كان شرطا غير صحيح كان لغوا ولم تجز مراعاته، وقد أخذ القانون هذا مما ذهب إليه الحنفية وابن أبي ليلى، إذ يرى: أن الشرط إذا كان غير صحيح وشرط في عقد من العقود كان باطلا ولم يؤثر في العقد فيصح العقد ويلغو الشرط: ولا فرق بين عقد معاوضة وغيره. وكذلك تلغو إذا كان شرطا صحيحا وزالت المصلحة التي قصدت منه، ولكن ذلك موقوت بزوال المصلحة فإذا عادت المصلحة فيه وجبت مراعاته، وعرفت الشرط الصحيح: بأن ما كان فيه مصلحة للموصي، أو للموصى له، أو لغيرهما، ولم يكن منهيا عنه، ولا منافيا لمقاصد الشريعة.

ومثال ما فيه مصلحة للموصي: أن يوصي بريع أرض معينة لفلان مدة عشر سنوات، أو مدة حياته: على أن يبدأ أولا بدفع ما عليه من ديون من ذلك الريع، أو على أن يبدأ منه بالتصدق بمبلغ معين عند ظهوره.



ومثال ما فيه مصلحة للموصي: أن يوصي له بمبلغ من المال على أن توفَّي منه ديونه التي تكون عليه عند تسليمه المال، أو على أن يُشترى له مسكن يسكن فيه.

ومثال ما فيه مصلحة لغيرهما: أن يوصي بمنفعة دار لجهة معينة من جهات البر، على أن يكون لفلان إذا افتقر مبلغ كذا من غلتها يعطى له كل عام، أو على أن يكون لفلان إذا فقد مسكنه حق سكناها.

ومثال الشرط المنهي عنه: أن يوصي بغلة داره لفلان على أن يعطى منها أجر من ينوح عليه بعد وفاته.

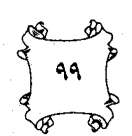
ومثال ما ينافي مقاصد الشريعة: أن يوصي بمبلغ من المال لفلانة على ألا تتزوج أبدا. ذلك لأن الشارع قد نهى عن النياحة على الأموات، وأن ينفق المال في هذا السبيل، وليس من أغراضه الرهبنة، وعدم الزواج، بل جعل الزواج سنة. وقال فيه الرسول ﷺ: «من رغب عن سنتي فليس مني»(١).

ومن هذا يرى أن المادة تدل على أن الشرط يعد صحيحا إذا توافر فيه أمران: أولهما - مصلحة لأهل الاستحقاق؛ سواء أكان هو الموصي، أو الموصى له، أو غيرهما، ثانيهما: ألا يكون بما نهى عنه الشارع، أو بما خالف أغراضه ومقاصده، ولم تشترط فيه ألا يكون مخالفا لمقتضى عقد الوصية.

وعلى ذلك يكون الشرط المخالف لمقتضاها وفيه مصلحة لمن هو أهل للاستحقاق شرطا صحيحا: كما إذا أوصى لفلان بداره مشترطا أن يبيعها لشخص معين بعد سنة بنصف ثمنها، أو مشترطا أن تكون لفلان بعد وفاة الموصى له، أو مشترطا أن ترد إلى ورثته إذا احتاجوا ولو كان الموصى له حيا، أو أوصى لفلان بأرض على أن يشتري له من ثمنها كل سنة كذا من الأرض. وعلى ذلك تكون مراعاة هذه الشروط واجبة،والوفاء بها لازما؛

---

(١) أخرجه ابن خزيمة (٢٠٢٤).



لأنها شروط صحيحة. إذ قد توافر فيها مصلحة لأهل الاستحقاق، ولم تكن بما نهى عنه الشارع، ولا بما خالف أغراضه ومقاصده، في حين أن هذه الشروط مخالفة لمقتضى الوصية: إذ مقتضاها أن يملك الموصى له ما أوصي به. وإذا ملكه كان له التصرف فيه على وفق رغبته ومشيئته، لا على وفق رغبة الموصي ومشيئته، إذ لا رغبة لإنسان فيما يملكه إنسان آخر، ولا مشيئة له فيه بعد وفاته.

ومثل هذه الشروط في جميع المذاهب القائمة الآن شروطا غير صحيحة على الرأي الصحيح فيها: فلا يطلب الوفاء بها عند الحنفية، بل تصح الوصية معها وتلغو هي، وكذلك الحكم عند الحنابلة كما بينا فيما سبق، وإليه ذهب ابن أبي ليلى.

أما عند المالكية والشافعية فإن هذه الشروط تعد فاسدة مفسدة للوصية - إذا توفي الموصي مصرًّا عليها.

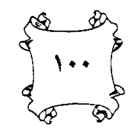
ومن هذا يرى أن القانون قد خالف مذاهب الأئمة الأربعة في تعيين الشرط الصحيح. ثم لم يأخذ كذلك برأي ابن تيمية وابن القيم فيه، إذ يريان أن من عناصر صحة الشرط عدم مخالفته لمقصود العقد.

فقد جاء في فتاوى ابن تيمية(١) ما ملخصه:

إن من قال في شرط من الشروط: إن هذا شرط ينافي مقتضى العقد، وهو لذلك شرط باطل أو فاسد - إن أراد أنه ينافي مقتضى العقد مطلقا - فكل شرط كذلك، ويلزمه أن يبطل لذلك كل شرط؛ وذلك لأن للعقد حالين: حال إطلاق، وحال تقييد. والفرق بين الحالين بيِّن. فإن أراد بمنافاته لمقتضى العقد منافاته لمقتضاه حال الإطلاق - فكذلك كل شرط يشترط في العقد، وهذا لا يضر بالشرط. وإن أراد منافاته لمقتضاه حال إطلاقه وتقييده - فليس ذلك بمسلَّم له؛ فكثيرا ما يكون مقتضى العقد حال تقييده متفقا مع ما

---

(١) فتاوى ابن تيمية ص ص ٣٢٩، ٣٣٧ جـ٣.

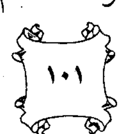


يشترطه، ويكون الشرط ملائما له. وإنما يصح هذ لو قيل: إن هذا شرط ينافي المقصود الأصلي من العقد وما شرع العقد لأجله - فإن العقد إذا شرط فيه ما ينافي المقصود منه في جميع صوره وأحواله فإنه مع هذا الشرط يجمع بين المتناقضين: إثبات المقصود منه ونفيه فلا يحصل شيء. ومثل هذا الشرط باطل بالاتفاق. وهو مبطل للعقد.

وقد بنى ابن تيمية على ذلك: أن كثيرا من الشروط التي يراها جمهور الحنابلة شروطا فاسدة في البيع والهبة؛ لأنها تنافي مقتضى العقد - هي شروط صحيحة: كأن يبيع شخص أرضه لآخر ويشترط عليه أن يقفها على وجوه البر. وكأن يهبه مالا ويشترط عليه أن يسدد به دينه، أو عينا ويشترط عليه أن يوصي بها؛ ذلك لأن الملك يتنوع أنواعا كثيرة بما قد يلابسه من الإطلاق والتقييد. فهناك الملك التام المطلق، وهناك ملك أم الولد. وهذا الأخير لا يفيد جواز البيع، ولا يثبت فيه ميراث.

وعلى ذلك فليس ما يمنع أن يكون ثبوت أي نوع من هذه الأنواع مفوضا إلى المملك يفيده غيره متى رأى مصلحته في ذلك. ولا يكون اشتراط شرط يترتب عليه تحديد الملكية أمرا منافيا لمقتضى العقد الذي شرع ليفيد ملكا؛ لأن الملك أنواع عديدة. وإنما يعد منافيا إذا ما كان منافيا للغرض الذي شرع لأجله، ولا تخلو منه صورة من صوره: كأن يبيعه عينا مشترطا عليه ألا ينتفع بها؛ لأن هذا ينافي المقصود من العقد. لأن المشتري لا يشتري الشيء إلا لغرض تملكه للانتفاع به. فاشتراط عدم الانتفاع به مناف لهذا المقصود. ذلك ما ذهب إليه ابن تيمية في فتاويه. والقانون لم يجعل عدم المخالفة لمقصود الوصية شرطا من الشروط الواجب توافرها في الشرط ليكون شرطا صحيحا.

وذهب في بيانه للشرط الصحيح المذهب الذي شرحناه، وهو يقتضي صحة الوصية في مثل هذه الحالات التي شرطت فيها شروط تنافي مقتضى العقد أو مقصوده. وعليه ماذا يكون الحكم فيها: أيكون ملك الموصى له في



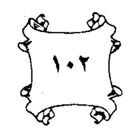
هذه الحالات مقيدا فلا يملك التصرف فيما يملك حتى يمكن تنفيذ ما شرطه الموصي من هذه الشروط؟ ذلك ما هو مستبعد؛ إذ لو كان الحكم كذلك لصرح به القانون لأنه خلاف المعهود فقها.

ذلك مما يلاحظ على تعريف القانون للشرط الصحيح، ولا يدفعه إلا أن نتوسع في معنى مقاصد الشارع، وما يريده القانون منها. فنرى أن من مقاصد الشارع: مراعاة أصول الشريعة العامة وقواعدها الكلية التي تقضي بألا يكون لإنسان سلطان على ملك إنسان آخر، وبأن يكون حق التصرف في المال لمالكه حتى لا يضار إنسان بإنفاذ إرادة غيره في ملكه جبرا عنه.

وبناء على ذلك تكون الشروط المنافية لمقتضى العقود شروطا منافية لمقاصد الشارع. وعلى ذلك تعد من الشروط الفاسدة على رأي القانون إذا فسرناه ذلك التفسير.

وكذلك خالف القانون فقهاء الشريعة حين قيد الوفاء بالشرط الصحيح ببقاء المصلحة المقصودة منه، فيجب الوفاء به ما دامت المصلحة التي قصدت من اشتراطه موجودة قائمة. أما إذا انتهت هذه المصلحة لم يوف به ولم تجز مراعاته، وكان حكمه حكم غير الصحيح.

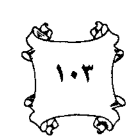
ولم أر هذا القيد لفقيه فيما اطلعت عليه من كتب الفقه في المذاهب المختلفة، ولكنه في الواقع تقييد يتفق مع الغرض من اشتراطه؛ لأن اشتراط هذا الشرط لم يكن إلا لتوفير مصلحة معينة قصدت منه، ولم يكن اشتراطه لهوا ولعبا، وإلا كان عند ذلك شرطا فاسدا لا غرض فيه، كما نص على ذلك فقهاء الشافعية، حين عرفوا الشرط الصحيح: بما كان في اشتراطه غرض صحيح. غير أن تعيين المصلحة المقصودة منه قد يكون مثار خلاف فيها؛ ولذا ينبغي ألا يهمل هذا الشرط في هذه الحال - إلا إذا لم يكن من وراء مراعاته أية مصلحة حتى يتحقق من انتفاء غرض الموصي من اشتراطه عند ذلك؛ إذ قد يكون الموصي قد قصد إلى مصلحة خلاف ما يظهر للناظر فيه ابتداء.



وبناء على ما ذكر يكون القانون قد جعل اقتران الوصية بالشرط الصحيح مؤقتا بوجود مصلحة في هذا الاشتراط، فإذا انتهت انتهى. والظاهر أنه يعود إذا ما عادت المصلحة.

وعلى ذلك إذا أوصى للأزهر بريع أرض معينة - على أن يُشترى من ريعها خبز يوزع على الطلبة: لكل طالب كذا، فإن هذا شرط يجب تنفيذه - ما دامت المصلحة من اشتراطه قائمة. فإذا تبين زوال تلك المصلحة، وأن الطلبة أصبحوا وليسوا في حاجة إلى هذا الخبز بسبب من الأسباب، وأصبحت حاجتهم في شراء كتب دراسية لهم، أو في شراء ملابس - فإن هذا الشرط لا يراعى في هذه الحال، ويشترى لهم من الريع ما هم في حاجة إليه: من الكتب، أو الملابس. فإذا تغير الحال، وظهرت حاجتهم بعد ذلك إلى الخبز - وجب عندئذ تنفيذ شرط الموصي؛ لأنه شرط قائم ولكنه مؤقت في المعنى بوقت وجود المصلحة. فكلما وجدت نفذ، وإذا انتهت لم ينفذ؛ لأن زوال المصلحة من اشتراطه في وقت من الأوقات لا يترتب عليه سقوطه وبطلانه، بل إرجاؤه.

هذا - ومما يجب ملاحظته أيضا مع ما تقدم: أن صحة الوصية المقترنة بالشرط غير الصحيح - مشروطة بألا يكون الشرط دالا على أن الباعث عليها مناف لمقاصد الشارع، وإلا كانت الوصية في هذه الحال باطلة، لا لفساد الشرط، ولكن لفساد الباعث عليها. فإن لم يدل على ذلك ولكنه كان مع هذا شرطا نهي عنه الشارع - فإن الوصية في هذه الحال تصح، ويلغو الشرط - إذا كان مصرف الوصية بحسب العبارة المنشئة لها خيرا في ذاته، ولكن اشترط فيها ما نهى عنه الشارع؛ فتصرف الوصية في مصرفها مع إلغاء ذلك الشرط فيه: كما إذا أوصى شخص لفلان على أن يهجر والديه، أو يسيء إليهما. أما إذا كان مصرف الوصية معصية - فإن الوصية عندئذ تكون باطلة؛ لأنها وصية بمعصية. وسنعرض لهذا عند كلامنا على شروط الوصية.



وكذلك يلاحظ من ناحية صياغة المادة في تعريفها للشرط الصحيح - أنها جمعت بين خاص، وما هو أعم منه. وكان في الإمكان الاستغناء بالعام عن الخاص؛ فيكتفى في تعريفه: بألا يكون منافيا لمقاصد الشريعة، عن أن يذكر فيه أيضا - ألا يكون منهيا عنه؛ وذلك لأن كل منهي عنه مخالف لمقاصد الشريعة.

ونتيجة ما تقدم: أن القانون لم يأخذ برأي فقيه من الفقهاء على حالته، وأن ما ذهب إليه من رأي - يقارب ما ذهب إليه ابن تيمية، وإن لم يتفق معه تمام الاتفاق - كما بينا.

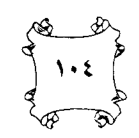
وفي رأيي - أنه كان يجب أن يضيف إلى تعريف الشرط الصحيح قيدا آخر - هو ألا يكون منافيا لمقصود الشارع من عقد الوصية، أو لمقتضاها، حتى لا يكون من وراء ترك هذا القيد ما أشرنا إليه فيما سبق - من ثبوت ملكية للموصي لا تستتبع آثارها. وعندئذ يتردد في معناها وفي متعلقها ومداها.

إضافة الوصية وتعليقها:

من أحوال صيغة العقد: أن تكون صيغة مطلقة غير مقترنة بشرط، ولا مضافة إلى زمن مستقبل، ولا معلقة - وهي في هذه الحال تعد منجزة.

وقد تكون مقترنة بشرط وهي منجزة. وقد تكون مضافة أو معلقة.

وقد علمت أن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت. وإذن فهي مضافة دائما إلى ما بعد وفاة الموصي، ولا تكون منجزة في حال من الأحوال. ومع إضافتها إلى ما بعد الوفاة قد تكون مقترنة بشرط، وهذا ما بينا أحكامه فيما مضى. وقد تكون مضافة إلى زمن يأتي بعد زمن وفاة الموصي وقد تكون مع هذه الإضافة معلقة على شرط، فتكون مضافة معلقة، وقد تكون معلقة غير مضافة إلى ذلك الزمن.



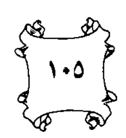
ومن المستحسن أن نبين الفرق بين اقتران الوصية بالشرط، وتعليقها عليه. فاقترانها بالشرط معناه: اشتراط شرط معها، على أن تكون صيغتها منشئة لها مقيدة بما اشترط فيها من شروط، فكانت هذه الشروط جزءا مما أراد الموصي إنشاءه.

أما تعليقها فمعناه أن يعلق وجود عبارة الوصية وسببيتها على وجود شرط معدوم قد يوجد، فيتحقق لوجوده سببيتها، ويترتب عليها آثارها، وقد لا يوجد فلا تنعقد عبارتها عند ذلك سببا لها. والغالب أن يكون ذلك بأداة من أدوات الشرط. ومن هذا يظهر أن تعليق الصيغة مرجئ لسببيتها، أما إضافتها فلا يترتب عليه إرجاء سببيتها ولكن إرجاء آثارها. ذلك ما ذهب إليه الحنفية في التفرقة بين إضافة العقود وتعليقها.

أما غيرهم - كالشافعية - فلا يفرقون بين الحالين؛ إذ يرون: أن الصيغة المعلقة، والمضافة كلتيهما تنعقد سببا في الحال، ولكن أرجئ أثرها بسبب التعليق، أو الإضافة إلى وجود الشرط المعلق عليه، أو حلول الزمن المضاف إليه.

والمالكية لا يفرقون أيضا بين الإضافة والتعليق، إلا بأن: أن التعليق إضافة إلى زمن يتعين بوجود الشرط المعلق عليه، وهو زمن وجوده، بخلاف الإضافة فإنها إضافة إلى زمن محقق وجوده مستقبلا. وعلى هذا افترقا في الحكم - على ما بين في موضعه.

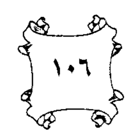
وقد نصت (المادة ٤) من قانون الوصية: على أن الوصية تصح مع إضافتها، والمراد بذلك إضافتها إلى زمن آخر يأتي قبل وفاة الموصي، أو يأتي بعد وفاته. ومثال الحالة الأولى - أن يقول الموصي: أوصى لفلان بعد شهر بكذا، ومثال الحالة الثانية - أن يقول: أوصيت لفلان بسكنى داري بعد وفاتي بسنة.



غير أنه يلاحظ: أن الإضافة **في الحال الأولى** هي في الحقيقة في معنى تعليق الوصية؛ لأن الإضافة إلى زمن يأتي قبل الوفاة - وهي في الواقع مضافة إلى ما بعد الوفاة - لا يعد إضافة لأثرها، وإرجاء له؛ لأنه مرجأ بحكم طبيعتها إلى ما بعد ذلك؛ ولذا كان المعنى في هذه الحال: أن الموصي يعلق وصيته على بقائه حيا إلى ذلك الزمن. فالذي يقول: أوصي لفلان بعد شهر بكذا، يعني بذلك أن يقول: إن بقيت حيا إلى شهر فقد أوصيت له بكذا. ولذا كان الحكم فيها: أنه إذا ظل حيا إلى ذلك الزمن انعقدت العبارة سببا للوصية. فإذا توفي مصرا عليها، وقبلها الموصى له نفذت، وإن توفي قبل مجيء ذلك الزمن بطلت الوصية، لإضافتها إلى زمن ليس هو فيه أهلا لأن يوصي، وإن شئت قلت لأنه علقها معنى على حياته في ذلك الوقت ولم تتحقق.

أما الحال الثانية - فليس فيها تعليق. وعلى ذلك فإن الموصى له إذا قبل الوصية استحق سكنى الدار بعد وفاة الموصي بسنة. وذلك ما أفادته (المادة ٢٥) من قانون الوصية. ونصها: إذا كان الموصى له موجودا عند موت الموصي استحق الموصى به من حين الموت، ما لم يفد نص الوصية ثبوت الاستحقاق له في وقت معين بعد الموت».

وإنما كان المعنى المقصود من إضافة الوصية في (المادة ٤) هو إضافتها إلى زمن آخر خلاف وقت الوفاة؛ لأن الوصية في ذاتها لابد أن تكون مضافة إلى الموت. فإذا قيل: يصح إضافة الوصية - وهي لا تكون إلا مضافة - كان المعنى صحتها مع إضافتها إلى زمن آخر يأتي قبل الموت أو بعده. وعلى هذا إذا أضاف الموصي وصيته، فأوصى لفلان بهذه الدار بعد ثلاث سنوات من وفاته صحت الوصية، وكانت منافع الدار في الفترة بين وفاة الموصي ووقت نفاذ الوصية لورثة الموصي - وكان ملك رقبتها على حكم ملك الموصي إلى أن يجيء وقت التنفيذ، فإذا رفض الموصى له الوصية ظهر أنه للورثة، وإن



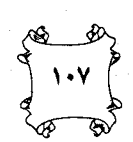
قبل - تملك الموصى له الرقبة من وقت التنفيذ، وهو الوقت الذي أضيفت إليه الوصية؛ لأنه وقت الموت.

وقد ذهب الحنفية والمالكية والشافعية، إلى صحة إضافة الوصية إلى زمن يأتي بعد وفاة الموصي. وليس ببعيد أن يكون هذا هو رأي الحنابلة؛ إذ لم أطلع في كتبهم على ما يفيد نفي ذلك أو جوازه، وقد صرحوا بجواز تعليقها، وقد يكون تعليقها على شرط يوجد بعد الوفاة. ولا شك أن هذا في حكم الإضافة إلى وقت وجود ذلك الشرط. وعلى ذلك تصح الوصية إذا قال شخص: أوصيت لفلان بسكنى داري بعد سنة من وفاتي. وعندئذ لا يستحق فلان سكنى الدار بالوصية إلا بعد مرور سنة بعد وفاة الموصي. وقد صرح الحنفية بذلك. كما جاء في الأنوار من كتب الشافعية: ما يدل على صحة إضافتها إلى وقت الملك. وجاء في المواق والحطاب من كتب المالكية: ما يدل على صحة إضافتها إلى وقت يأتي بعد وقت الموت، وجاء في المدونة: ما يفيد صحة الوصية بعتق الرقيق بعد موته بخمس سنوات، وصحة الوصية بعتق عبده بعد سنة يخدم فيها شخصا معينا[1].

وإلى جواز إضافتها إلى زمن يأتي بعد الموت ذهب الشيعة الجعفرية أيضا، كما تدل على ذلك عبارة تحرير الأحكام[2].

وكذلك نصت (المادة ٤): على أن الوصية تصح مع تعليقها على شرط والمراد بالشرط ما كان على خطر الوجود، أما الشرط المحقق وجوده عند الإيصاء - فالوصية معه غير معلقة في المعنى، بل في اللفظ فقط. وأما إذا كان الشرط مستحيل الوجود فإن التعليق عليه يعد توكيدا لعدم رغبة الموصي فيها.

(١) راجع الدر المختار جـ٥ من كتاب الوصايا، والأنوار جـ٢ ص ١٥، والحطاب جـ٦ ص ٣٨٤ والمدونة اجـ١٥ ص ٢٦.
(٢) تحرير الأحكام جـ١ ص ٣٠٢.



والوصية مع التعليق صحيحة. وسواء في ذلك: أن يكون الشرط المعلق عليه مما يوجد في حياة الموصي، كأن يقول: إن شفى الله ولدي فلانا فقد أوصيت بربع مالي لجهات البر، أو مما لا يوجد إلا بعد وفاته، كأن يقول: إن مت ولم تتزوج فلانة بعد وفاتي إلى سنة - فقد أوصيت لها بكذا، أو أوصيت لفلان بكذا. إن قام بعد وفاتي بكذا.

هذا - وقد ذهب الحنفية: إلى جواز تعليق الوصية. فعدها صاحب جامع الفصولين وغيره مما يقبل التعليق بالشرط. وجاء في المحيط البرهاني: أن تعليق الوصية بالشرط جائز، لأنه في الحقيقة إثبات الخلافة معلقا بالشرط. وذلك جائز. وفي رد المحتار: أن معنى تعليقها: أن الشرط إذا وجد - كان للموصى له ما أوصى له به، وإلا فلا شيء له. ومثلوا لتعليقها بعدة أمثلة: منها أن يقول الموصي: أوصيت لفلان بكذا إن أجاز فلان، وأوصيت لأم ولدي فلانة، بكذا إن لم تتزوج. وأوصيت للمساكين بكذا - إن مت من مرضي هذا، وغير ذلك من الأمثلة.

وإلى جواز تعليقها ذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة، والشيعة الجعفرية والزيدية. فقد صرح الماوردي: بجواز تعليقها. كما نقل ذلك عنه. ومثلوا لذلك بقول الموصي: أوصيت لفلان بكذا - إن تزوج ابنتي فلانة. وأوصيت لفلانة بهذا المنزل - إن ملَكْتُه.

وعلى الجملة - فالمعتمد عند الشافعية جواز تعليقها بشرط في حال الحياة، أو بشرط بعد وفاة الموصي. وجاء في الخطاب ما يفيد صحة تعليقها؛ إذ صرح بصحة الوصية فيما إذا قال: إن مت من مرضي هذا فقد أوصيت لفلان بكذا فمات فيه.

ومثل ذلك جاء في المغني لابن قدامة، ففيه: إن أوصى شخص بثلث تركته لوارث، وأجنبي. فإن ردا الوصية كانت لفلان، فردا كان الثلث جميعه لفلان؛ لأن الوصية تتعلق بالشرط. ولو قال: أوصيت لفلان بثلث تركتي فإن مات قبلي فهو لفلان صح ذلك. فإن مات الأول كانت الوصية للثاني. وإذا

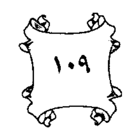
قال: أوصيت بثلث تركتي لفلان، فإن قدم فلان الغائب فهو له صح. فإذا قدم الغائب قبل موت الموصي صار هو الموصى له، وبطلت وصية الأول: سواء عاد إلى الغيبة أم لم يعد، لأن الشرط قد وجد، فكانت له الوصية، بناء على ذلك، فلا تنتقل عنه بعد ذلك.

وإن مات الموصي قبل قدوم الغائب فالوصية للحاضر: سواء أقدم الغائب بعد ذلك أم لم يقدم. ذهب إلى ذلك القاضي؛ لأن الوصية ثبتت للحاضر لوجود شرطها - وهو عدم قدوم فلان عند الوفاة - فلا تنقل عنه بعد ذلك بقدوم فلان. وقال ابن قدامة: ويحتمل أن تكون للغائب إن قدم بعد الموت؛ لأنها علقت على قدومه دون تقييد بأن يكون قدومه حال الحياة. فكانت له بناء على تحقق الشرط. وكذلك ذهب الشيعة الجعفرية إلى صحة تعليقها. فكان رأيهم كرأي الحنابلة. كما جاء ذلك في تحرير الأحكام(١).

وإلى هذا ذهب الزيدية فقد جاء في المنتزع: إذا قال الموصي: أوصيت لفلان بكذا - إن ثبت على ترك النكاح فمات الموصي والموصى له غير ناكح - كانت له الوصية إذا قبلها؛ إذ المراد بقاؤه غير متزوج إلى ما بعد الوفاة وقد تحقق ذلك، وليس يراد ثبوته على ذلك طيلة حياته، إذ لا يتصور الإيصاء له بعد وفاته. وذلك بتحقق ثبوته على ترك النكاح طيلة حياته - ولكن هل إذا تزوج بعد ذلك استرد منه المال؟ ذكروا أنه يرجع عليه بما أوصى به له أو بقيمته؛ لظهور أن الوصية لم تتم لعدم تحقق الشرط؛ إذ الظاهر أن الشرط هو بقاؤه على هذه الحال أبدا. ذكر ذلك صاحب الحاشية، وهو يخالف تعليل صحة الوصية: بأن المراد بالشرط هو بقاؤه غير متزوج إلى ما بعد الوفاة. وبناء على ذلك لا يسترد منه شيء عند تزوجه. وهذا هو ما ذهب إليه الحنفية، كما يدل على ذلك ما نقلناه فيما مضى عن المبسوط - عند كلامنا على اقتران الوصية بالشرط.

---

(١) تحرير الأحكام جـ١ صفحة ٢٢٩.

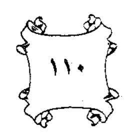


أما أهل الظاهر - فقد جاء في المحلى: أن إضافة الوصية إلى وقت يجيء بعد وفاة الموصي لا يجوز، وأن الوصية عند ذلك تبطل ولا تصح. وكذلك لا تصح إذا علقت على شرط يقتضي إرجاء تنفيذها إلى وقت يأتي بعد الوفاة، كما إذا علقت على شرط يوجد بعد الوفاة، وذلك لأن الملك عند الوفاة: إما أن يثبت للوارث أو للموصى له. وإذا ثبت لأحدهما لم يكن للآخر بعد ذلك. فإذا لم يملك الموصى له الموصى به عند الوفاة بسبب إضافة الوصية، أو بسبب تعليقها ثبت الملك فيه للوارث، وبطلت الوصية، ولم يكن للموصى له شيء بعد ذلك، إذ لا يرتفع ملك الوارث عنه بعد ثبوته فيه بالوراثة.

ومن هذا يرى أن قانون الوصية قد أخذ برأي جمهور الفقهاء في جواز إضافة الوصية، وجواز تعليقها.

وقد جاء في مشروع تنقيح قانون الوصية المزمع صدوره في أواسط سنة ١٩٦٠ (أن الوصية إذا علقت على شرط غير صحيح كانت باطلة).

ولما كان الغرض من تعليق الوصية على شرط هو تحققها إذا تحقق الشرط ووجد. وكان الشرط غير صحيح - في نظر القانون - إذا لم يكن فيه مصلحة مشروعة لأحد، ولم يكن منهيا عنه، ولا منافيا لمقاصد الشارع - فإن النظر يتجه إلى أنه لا محل لهذا النص، فقد يكون ما علقت به الوصية واقعة لا مصلحة لأحد فيها: كما إذا علق وصيته لفلان على سجنه بدون جريرة. والقول ببطلان الوصية في هذه الحال لا وجه له فيما أرى. ثم إن التعليق قد يكون في معنى التقييد بالشرط، كأن يقول الموصي: أوصيت لفلان إن ظل عزبا، أو إن طلق زوجته. وفي مثل هذه الحال تكون الوصية بناء على ما ذكر باطلة؛ لتعليقها على شرط مناف لمقاصد الشارع، في حين أن الموصي لو قال: أوصيت له بشرط أن يظل غير متزوج، أو بشرط أن يطلق زوجته فلانة - كانت الوصية صحيحة، والشرط لاغيا؛ بناء على القانون؛ في حين أن المعنى في الحالين واحد، وأن التفرقة بينهما في الحكم ليس لها ما يبررها.



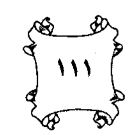
شروط الوصية:

شروط الوصية أنواع: فمنها ما يرجع إلى الباعث عليها. ومنها ما يرجع إلى صيغتها. ومنها ما يرجع إلى الموصي. ومنها ما يرجع إلى الموصى له. ومنها ما يرجع إلى الموصى به. وهذا - كما سيأتي - إنما يراعى في الوصية الاختيارية لا الوصية الواجبة.

ما يرجع إلى الباعث عليها:

يراد بالباعث: السبب الذي دعا الموصي ودفعه إلى إصدار وصيته، وقد جاء في (المادة ٣): أنه يشترط في صحة الوصية ألا تكون بمعصية، وألا يكون الباعث عليها منافيا لمقاصد الشارع. فكان شرطا في الباعث على الوصية: ألا يكون أمرا منافيا لمقاصد الشارع. وعليه إذا ما صدرت وصية وجب البحث فيها عن العوامل النفسية التي دفعت الموصي إلى الإيصاء بما أوصى به، وذلك بالنظر فيما اشترطه الموصي، وفيما صاحب الوصية من ظروف وملابسات، وما صدر من الموصي من أقوال، وما إلى ذلك مما تتكشف به نواياه، فإذا تبين من ذلك أن السبب الذي دفعه إلى الإيصاء غير مشروع، ومناف لمقاصد الشرع؛ ولم يكن يقصد بوصيته خيرا، ولا مصلحة مشروعة - كانت الوصية باطلة: وعليه يكون هذا شرطا في انعقادها، أو لصحتها؛ إذ الأثر في الحالين واحد.

ومن المعروف أن العوامل النفسية، أو الدوافع على الوصية قد تتعدد. وإذا تعددت فقد يكون منها ما هو مناف لمقاصد الشرع، ومنها غير ذلك. وعندئذ يجب التعويل على الباعث الرئيسي الذي كان له التأثير ابتداء، ولا ينظر إلى البواعث الثانوية التابعة؛ إذ إن التأثير ليس لها في الواقع. فإذا كان مشروعا صحت الوصية، وأهملت بقية البواعث - وعلى ذلك إذا أوصى شخص لمستشفى بلده، وكان المستشفى في حاجة إلى المال. وكانت حاجة المستشفى هي التي دفعت الموصي إلى الإيصاء، كما تبين ذلك من القرائن، ولكن صاحب ذلك جفاء بين الموصي وورثته كان الإيصاء معه إلى المستشفى



أمرا مرغوبا فيه منه - لم تكن تلك الرغبة المصاحبة سببا في بطلان الوصية؛ لأنها ليست الدافع الرئيسي إلى الإيصاء.

وعلى هذا إذا أوصى لخليلته، وثبت أن الباعث على ذلك كان لإيجاد هذه العلاقة، أو لاستبقائها، أو لإعادتها - كانت الوصية باطلة.

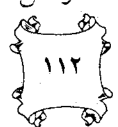
وقد جاء في مناقشات اللجنة التي كانت مكلفة بوضع مشروع القانون عند بيانها لهذه المادة:

أن المراد بالباعث المنافي لمقاصد الشارع - ما يجعل الوصية محرمة، أو مكروهة كراهة تحريمية «على ما يقضي به اصطلاح الحنفية»(١) وهذا في الواقع تفسير للباعث وبيان له بالنظر إلى أثره؛ لأن الباعث إذا كان منافيا لمقاصد الشارع كانت الوصية المترتبة عليه محرمة، أو مكروهة، لأن الدافع إلى فعل شيء إذا كان مخالفا لمقاصد الشارع كان ما أدى إليه من فعل محرما أو مكروها.

غير أن هذا البيان يتضمن تقييدا للباعث «في المادة» فإن الباعث يعد أيضا مخالفا لمقاصد الشارع إذا ترتب عليه أن الوصية مكروهة كراهة تنزيهية. وإذن يكون إطلاق لفظ الباعث «في المادة» دالا على بطلان الوصية في هذه الحال، ولكن بيان اللجنة يفيد أن الوصية إذا كانت مكروهة كراهة تنزيهية - تكون الوصية في هذه الحال صحيحة.

---

(١) يرى الحنفية: أن ما أمر الشارع بالكف عنه إن كان ذلك على سبيل الحتم والإلزام بدليل قطعي كان محرما. وذلك مثل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَىٰ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا ﴿٣٢﴾﴾ [الإسراء] - وإن كان على سبيل الحتم والإلزام بدليل ظني كان مكروها كراهة تحريمية لا محرما، وذلك مثل قوله ﷺ «لا يبع أحدكم على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك» (رواه أبو يعلي ٦٣١٧)؛ ذلك لأن الحديث الدال على الكف حديث آحاد وهو ظني - وإن كان طلب الشارع الكف عنه ليس على سبيل الحتم والإلزام، بل على وجه الاستحسان والترجيح - كان مكروها كراهة تنزيهية؛ وذلك في السؤال عن شيء يتوقع أن يكون في الإجابة عنه إساءة - وصرف الأمر بالكف إلى هذا المعنى إنما يكون بما يدل عليه من القرائن - وعليه إذا عدت مخالفة ما يستحسنه الشارع ليست منافية لمقاصده - كان تفسير المذكرة الإيضاحية صحيحا، ولكن ذلك بعيد في نظري.



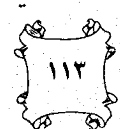
وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون ما نصه: ولما كان الباعث الذي ينافي مقاصد الشارع يختلف باختلاف المذاهب - قصد به هنا أن يكون حراما، أو مكروها كراهة تحريم عند الحنفية.

هذا: والمعروف أن المذكرة الإيضاحية لا تقيد القانون إلا إذا كانت صادرة من السلطة التشريعية، أما إذا كانت من عمل غيرها فلا ترتفع إلى ذلك المستوى.

وقد يرى أن عجز المادة يغني عن صدرها، أو أن صدرها يغني عن عجزها؛ وذلك بناء على أن الوصية إذا كانت بمعصية - كان الباعث عليها منافيا لمقاصد الشارع، وعلى أن الباعث عليها إذا كان منافيا لمقاصد الشارع - كانت الوصية وصية بمعصية. فالشرطان متساويان في النتيجة والأثر. ولكن عند النظر يتبين أن الأمر ليس كذلك. فقد يكون الباعث على الوصية غير مخالف لمقاصد الشارع: كالقصد إلى عمارة المسجد يدعو صاحبه إلى الإيصاء بتذهيبه خطأ؛ فإن الباعث في هذه الحال أمر مشروع مرغوب فيه، ولكن التذهيب لجدر المسجد وسقفه معصية، أو أمر محظور لا يرضاه الشارع. وقد تكون الوصية وصية بطاعة، ولكن الباعث عليها مخالف لمقاصد الشارع: كالقصد إلى حرمان الورثة، والإضرار بهم يدعو صاحبه إلى الوصية بماله في طاعة من الطاعات، أو في وجه من وجوه البر؛ ولذا يرى أنه لا بد من الشرطين لصحة الوصية.

وإلى بطلان الوصية بالمعصية ذهب: الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، وأهل الظاهر، والشيعة الجعفرية، والزيدية. فبطلان الوصية بالمعصية محل اتفاق بين المذاهب. ولكن ما مرادهم بالمعصية: أيريدون بها ما كان حراما، أو مكروها كراهة تحريمية، أو مكروها كراهة تنزيهية.

لقد اتفقوا: على أن الوصية بالمحرم باطلة. ووجه ذلك بين. وكذلك اتفقوا: على أن الوصية بالمكروه تحريما باطلة؛ لأن المكروه تحريما يعد من المحرم عند غير الحنفية. أما عند الحنفية فليس منه، ولكن حكمه حكم



المحرم، إلا أنه لا يكفر جاحده. وعلى هذا فالوصية بمال يشترى به خمر، أو بألف جنيه ليشترى به كفن، أو بمال تبنى به قبة على قبره، أو يبنى به مسجد حول قبره، أو بمال يعطى أجرا لمن ينوح عليه، أو بمال يصرف في لهو، أو بمال لمن يصلي عليه، أو بمال يبنى به بيعة لعبدة النار - كل هذه وصايا باطلة؛ لأنها وصايا بمحرم أو بمكروه تحريما.

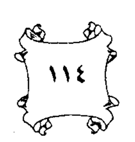
أما المكروه تنزيها: فإن كانت لما ليس أهلا لذلك ولا مطالب لها - فهي باطلة عند الحنفية: كالوصية بما يشترى به أثواب فوق كفن السنة ليكفن فيها، أو بمال يشترى به عمامة توضع على رأسه في القبر، أو بمال يشترى به لوح يوضع على قبره بعد كتابة اسمه عليه، أو بمال يشترى به ثوب من صوف ليكفن فيه، أو بمال لإعداد طعام وولائم للمعزين في مأتمه، أو بمال يشتري به ما يذبح عند خروج جنازته من منزله - فكل هذا من الوصايا الباطلة. أما إذا كانت لمن هو أهل للملك والمطالبة: كالوصية لأهل الفسوق والمعاصي - فهي صحيحة، لما فيها من معنى الصلة لمن يملك، وإن كانت مكروهة.

وأما المالكية - ففريقان في الوصية بالمكروه: منهم من أبطلها، ومنهم من أجازها وأنفذها - كما في الشرح الكبير للدردير. وفي حاشية العدوي على الخرشي: أن إنفاذ ما عدا المحرم من الوصايا لازم. وجاء في التحفة: أن الوصية لا تصح بالمعصية والمكروه لذاته.

وظاهر اقتصار المغني وغيره من كتب الحنابلة: على أن الوصية إذا كانت بمحرم كانت باطلة - أن الوصية عندهم بالمكروه صحيحة.

وفي المحلى أن الوصية بمعصية لا تصح من مسلم، ولا من كافر: كالإيصاء لكنيسة؛ لأن في ذلك إعانة على الإثم والعدوان.

ويرى بعض المالكية: أن الوصية المباحة إذا كانت لغير معين ممن هو ليس أهلا للملك كانت باطلة؛ إذ لا قربة فيها للموصي، وما تركه الشارع له من مال إنما ترك له ليتدارك به ما فاته من قربة، أو من صلة لشخص معين.



وذهب الشافعية إلى أن الوصية بمكروه لذاته باطلة - فتبطل إذا كانت بمصحف لنحو كافر، ولا تبطل إذا كانت بمكروه لعارض كالوصية لفاسق(١).

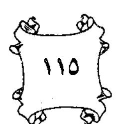
ومن المعروف أن فقهاء المذاهب قد اختلفوا في الحكم على أمور كثيرة: فمنهم من يعدها معاصي، ومنهم من لا يعدها كذلك، وعلى هذا يختلف الحكم في الإيصاء بها باختلاف تلك الآراء. والمفهوم أن العبرة في ذلك بما ذهب إليه الحنفية، لأنه المذهب الواجب تطبيقه في الدولة - إلا ما صدر بخلافه قانون. وعلى ذلك يرى أن ما ذهب إليه القانون من بطلان الوصية بالمعصية، أو الوصية بما ليس بمشروع - يتفق مع ما ذهب إليه الفقهاء على اختلاف مذاهبهم. غير أن اختياره التعبير بالمعصية قد يظهر منه بطلان كل وصية بما يعد عصيانا. ولا شك أن من ذلك فعل المكروه. وعلى هذا تكون عبارته متفقة مع من ذهب إلى بطلانها إذا كانت بمحرم أو مكروه، إذ معنى العصيان المخالفة وهي متحققة في المكروه.

أما بطلان الوصية إذا كان الباعث عليها مخالفا لمقاصد الشارع - فقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون: أن ذلك يتفق مع القاعدة الشرعية وهي قولهم: إن الأمور بمقاصدها - وإن العمل الذي يقصد به أن يكون وسيلة إلى الشر، أو مكافأة عليه يكون حراما وباطلا. ثم قالت: ولما كان الباعث الذي ينافي مقاصد الشارع يختلف باختلاف المذاهب قصد به هنا أن يكون حراما أو مكروها كراهة تحريم عند الحنفية.

وأرى أن هذا القصد لا تدل عليه عبارة المادة - كما ذكرنا فيما سبق - فالباعث يعد مخالفا لمقاصد الشارع أيضا - إذا كان أمرا مكروها كراهة تنزيه، وبخاصة إذا ما ورد بهذه الكراهة نص. والمذكرة الإيضاحية لا تقوى على تقييد القانون.

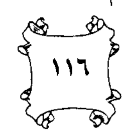
---

(١) راجع المغني جـ٦ ص ٣٣١، ونهاية المحتاج جـ٦ ص ٤١، والبحر جـ٨ ص ٥١٧، والشرح الكبير للدردير جـ٤ ص ٤٢٧، والمحلى جـ٩ ص ٣٢٧ وتحرير الأحكام جـ١ ص ٢٩٢، والدر وابن عابدين جـ٥ ص ٤٨٨.



أما مـا ذكرته المذكرة الإيضـاحية من الاسـتناد إلى القاعـدة المذكورة - فذلك لا يسلم لهـا على وضع مطلق؛ إذ المعروف عن جمـهور الفقـهاء على اختلاف مذاهبهم: أن المراد بالمقاصد في هذه القاعدة: المقاصد التي تدل عليها ألفاظ العاقدين وعـبارتهما في عقدهما. فإذا وكَّل إنسـان آخر بعد وفاته كان المراد بذلك هو الإيصـاء: لدلالة ذكـر ما بعـد الوفـاة على ذلك. وإن وهب شخص لآخر شيـئا نظير عوض كان المقصود بيـعا: لدلالة ذكر العوض على ذلك.

ولعل ذلك الحكم الذي ذهب إليه القانون يتـفق مع ما ذهب إليه بعض الحنابلة، وعلى رأسهم ابن القيم؛ إذ قد صـرح في إعلام الموقعين: بأن العبرة في أحكام العقود بالقصود، وأن القصد من العقد إذا كان إثما وقام على ذلك دليل من لفظ أو قـرينة - فسد العـقد؛ ذلك لأن العبـارة لم يجعلهـا الشارع منشئة للعقد إلا بناء على أنها كاشفة ومـفصحة عما في النفس من نية وقصد إلى إنشاء ذلك العقد على وضعه المشـروع، دون أن يقصد بها ما في نفسه مما يناقض معناها. فإذا لم يـكن مدلولها على وفق ما في النفس وما قـصد إليه المتكلم بها، وكـان المقصود منها مـناقضا لمدلولها كـانت خبرا كاذبا عـما في نفســه، ولم يكن بينها وبين ما قصـد إليه اتصال ولا مطابقـة، وانعدم بذلك أساس اعتبار الشارع لها، كـالعبارة تصدر من المكره. فباللفظ والمعنى المطابق للقصد يـتم الحكم، ومن كل منهما يتكون سبـبه، فكان هو مجمـوعها. وإن كانت العبرة في الحـقيقة إنما هي بالمعنى المقصود، ولم يكـن للفظ اعتبار لدى الشارع إلا على أسـاس أنه دليله؛ ولهذا أبطل الشـارع عبارة المخادع المحـتال الذي أظهر خلاف ما أبطـن، ولم يترتب عليها ما قصد إليـه منها: كالمحلل، والمرائي بعـقد العينـة، وكل من احتال عـلى إسقاط واجب، أو علـى فعل محرم بعقد، أو قول أظهـره وأبطن من ورائه الأمر الباطل، فليس يحصل لمن على هذه الشاكلة مقصوده الذي قصـد إليه، وجعل ظاهر اللفظ وسيلة إليه - فإن في تحـصيل مقـصوده تنفـيذا للمحـرم، وإسقاطا للـواجب، وإعانة على المعصية. وكل ذلك إعانة على الإثم والعدوان.



ولا فرق في الحكم بين الإعانة على ذلك بالطرق الصحيحة المعروفة المفضية إليه، وبين الإعانة عليه بالطرق الملتوية الخفية المستورة. فالنتيجة في الحالين إثم، ولن تختلف حقيقته باختلاف الطريق إليه حتى يكون حراما من طريق وحلالا من طريق آخر، وهو هو لم يتغير. بل ربما كان سالك الطريق المعروفة الصريحة المفضية إليه أسلم عاقبة وأقل خطرا ونكرا - من سالك الطريق الأخرى؛ لأن الشر في الحال الأولى ممكن تلافيه، واتخاذ الحيطة لتجنبه - بخلافه في الحال الثانية(١).

ولا شك أن اختيار القانون لذلك الرأي اختيار موفق تسد به الذرائع إلى الإثم، وتجتث به أصوله، ويقضى به على دواعيه.

وصية الضرار:

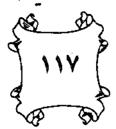
ومما ينبغي ملاحظته: أن المادة بوضعها هذا تتناول وصية الضرار، وتدل على أنها باطلة؛ ذلك لأن وصية الضرار محظورة، أو الباعث عليها محظور؛ إذ هي الوصية التي قصد بها الموصي حرمان ورثته من تركته، أو من بعضها. وذلك بإيصائه بأكثر من الثلث، أو بإيصائه إلى أحد ورثته دون سائرهم.

ومن الفقهاء من ذهب: إلى أن الإضرار قد يتحقق أيضا في بعض الأحوال ولو كانت الوصية بالثلث ولغير وارث. كما أن منهم من ذهب: إلى أنه لا يشترط فيها قصد الضرر، بل كل ما يترتب عليه الضرر بالورثة - يعد وصية ضرار، وإن لم يقصد الموصي ذلك.

ووصية الضرار محرمة؛ لقوله تعالى بعد أن ذكر سهام الورثة: ﴿... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ ﴿١٢﴾﴾ [النساء].

قال القرطبي في تفسيره: قوله تعالى: ﴿...غَيْرَ مُضَارٍّ﴾ أي غير مدخل الضرر على الورثة. وذلك في الوصية - بأن يزيد على الثلث، أو بأن يوصي

(١) إعلام الموقعين جـ٣ من ٨٠٨ إلى ٨١٠ تلخيصا.



لوارث. وفي الدين - بالإقرار به في حالة لا يجوز له فيها ذلك؛ كما لو أقر لوارثه في مرضه، أو لصديقه كذبا إضرارا بورثته؛ فإن ذلك لا يجوز عندنا. ثم قال: ومشهور مذهب مالك، وابن القاسم: أن إيصاء الموصي بثلث تركته لا يعتبر مضارة، لأن ذلك حقه. وفي المذهب قول: بأنه قد يُعدُّ مضارة فترد عند ذلك. ومقتضى المشهور في المذهب: أن الإيصاء بالثلث ماض - ولو قصد به الضرر. أما الإيصاء للوارث فيعد مضارة لسائر ورثته، كما جاء في الدسوقي على الشرح الكبير - فترد وصيته له. فإذا أوصى لوارث من ورثته وقال: إن لم يجز الورثة فذلك للمساكين - فإن وصيته تبطل وترجع ميراثا؛ لأنه لما أوصى لبعض ورثته ثم جعلها للمساكين - إن لم يجيزوا - دل ذلك على قصد الضرر بالورثة، وما قصد به الضرر لا يمضي، لقوله تعالى في حق الموصي: ﴿...غَيْرَ مُضَارٍّ﴾ ولخبر: «لاضرر ولا ضرار»[1] والظاهر البطلان في هذه الصورة: أجازوا أم لا. وهو قول ابن القاسم؛ لأن الوصية حين وقعت بقصد الضرر حكم بفسادها فلا يبيحها إجازتهم. ومن المالكية من قيد الضرر في وصية الضرار بالضرر الشديد الذي يعد معه الموصي تاركا ورثته يتكففون الناس.

وفي تفسير الجصاص: أن وصية الضرار هي الوصية بأكثر من الثلث ولو لأجنبي؛ قصدا إلى الإضرار بالورثة، كما يستفاد من حديث سعد بن أبي وقاص - غير أن ذلك إذا كان ضرارا - كان الواجب أن يكون باطلا، لا موقوفا على إجازة الورثة؛ لإطلاق النهي في الآية:

وإلى بطلان وصية الضرار ذهب الزيدية أيضا، كما ذكر الشوكاني في شرحه على نيل الأوطار. وقال: إنها محرمة؛ لما روي عن ابن عباس أنه قال: الإضرار في الوصية من الكبائر. وجاء في الدرر البهية: أن وصية الضرار ممنوعة بالكتاب، وبالسنة، وأن من جملة أنواع الضرار تفضيل بعض الورثة على بعض؛ فإن النبي ﷺ قد سمى ذلك جورا، كما في حديث النعمان بن بشير. ومن جملتها أن تكون لإخراج المال مضارة للورثة. فإن من

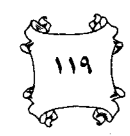
---

(١) أخرجه الإمام أحمد بن حنبل من حديث عبد الله بن عباس (رقم ٢٨٦٧) والطبراني (برقم ١١٨٠٦).

أوصى بماله، أو بجزء منه لقربة من القرب مريدا بذلك حرمان الورثة - فوصيته باطلة؛ لأنها مضارة. وظاهر الأدلة أنه لا ينفذ منها شيء: سواء أكانت بالثلث، أم بما دونه. وفي الروض النضير مثل ذلك، وأن وصية الضرار مردودة.

وجملة القول: أن جمهور الفقهاء على أن الوصية إذا كانت بالثلث أو بأقل منه. وكانت لغير وارث - لم تكن من وصية الضرار، فلا تبطل مهما كان قصد الموصي: سواء كانت بقليل مال أو بكثيره، تضرر بذلك ورثته أم لا. وأن من الفقهاء من خالف ذلك، وجعل الوصية وصية ضرار. إذا قصد بها الموصي الإضرار بورثته، وإن كانت بأقل من الثلث أو لأجنبي. وأن المدار في ذلك على قصد المورث الإضرار، فإذا لم يقصد ذلك لم تكن الوصية وصية ضرار، ومنهم من لم يشترط القصد وجعل المناط تحقق الضرر بالوصية.

وعلى أية حال: فوصية الضرار وصية يرى أن الباعث عليها مخالف لما يقصده الشارع. وذلك إذا ما قصد المورث بها الإضرار بورثته، أو هي وصية بمعصية إذا ما ترتب عليها جور، كما إذا آثر بعض ورثته على بعض. وعلى ذلك تكون باطلة بمقتضى المادة. وقد جاء في مناقشات اللجنة التي عهد إليها بمشروع القانون: أن الأخذ ببطلان الوصية التي قصد بها الموصي الإضرار بورثته، أو بعضهم مع إجازة الوصية للوارث - يسبب متاعب كثيرة، ويترتب عليه عرض كل وصية على القضاء ليظهر ما إذا قصد بها الموصي الإضرار أم لا، فتكثر الخصومات. وقد كان المشروع أولا يحوى النص على بطلان وصية الضرار، فرؤى حذفه والاكتفاء بالنص على بطلان الوصية بمعصية، أو بما كان الباعث عليها منافيا لمقاصد الشارع. ولا شك أن الاقتصار على ذلك يتناول وصية الضرار على القول باشتراط القصد فيها إلى الإضرار بالورثة. فإذا ما ظهر ذلك بالقرائن الواضحة البينة كانت وصيته باطلة - وإن كانت بأقل من الثلث، أو كانت لبعض الورثة دون بعض. ولا يجوز أن يعتمد في ذلك على



مجرد الحدس والتخمين وما يختلف الناس في دلالته على قصد الضرر، أو عدم قصد الضرر. عند النظر فيه.

شروط الصيغة:

إذا ما تكلم الفقهاء عن صيغة الوصية لا يريدون منها إلا ما يصدر من الموصي: من لفظ، أو كتابة، أو إشارة مفهمة يدل على معناها. أما القبول من الموصى له فلا يتناوله اسم صيغة الوصية في اصطلاحهم، ذلك لأن الصيغة هي مصدر العقد وصورته في الخارج، وذلك يكون بإيجاب الموصي فقط:

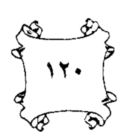
١- وقد ذكرنا فيما سبق - أنه يشترط في إيجاب الوصية الصادر من الموصي: أن يكون بالعبارة، أو بالكتابة عند القدرة على أحدهما. فالناطق الكاتب إن شاء أوجب بعبارته وإن شاء أوجب بكتابته، ولا يقبل منه الإيجاب بالإشارة. والناطق غير الكاتب يوجب بعبارته فقط. والكاتب غير الناطق يوجب بكتابته فقط، على ما ذهب إليه كثير من الفقهاء. ولا يقبل منهما الإيجاب بالإشارة. وعلى ذلك: قانون الوصية كما قدمنا «م - ٢».

ومن الفقهاء من ذهب إلى أن غير الناطق له أن يوجب بإشارته المفهمة، ولا يجب عليه أن يوجب بالكتابة، وهو رأي كثير منهم، وهو المعتمد عند الحنفية. بل ذهب جمهور المالكية أيضا إلى أن الناطق يجوز له أن يوجب بإشارته المفهمة(١). أما العاجز عن النطق والكتابة فإيجابه يكون بإشارته المفهمة.

أما القبول فيكتفى فيه - عند من يراه ركنا أو شرطا - بكل ما يدل على الرضا: من عبارة، أو كتابة، أو إشارة مفهمة. أو فعل: كإقدام الموصى له على قبض الموصى به، ولا يشترط في ذلك عجز عن النطق أو عن الكتابة؛

---

(١) راجع الشرح الكبير للدردير والدسوقي عليه في أول كتاب الوصية وقد ذكر أن ممن خالف في ذلك ابن سفيان.



وذلك لدلالته على رضا الموصى له وقبوله دخول الموصى به في ملكه، وليس يطلب القبـول إلا لذلك، حتى لا يدخل في ملك الإنسان مـا لا يريد. وقد فصلنا القول في ذلك فيما سبق.

٢- وكذلك علمت فيـما سبق: أنه لا يشترط في الوصيـة اتحاد مجلس الإيجاب والقبول، بل الشرط فيـها أن يكون القبول بعد وفاة الموصي، وذلك يستلزم أن يكون في مجلس آخر عادة. وعلمت أنه لا يعتد بالقبول حال حياة الموصي عند من يراه ركنا أو شرطا، خلافا لبعض الشيـعة الجعفرية - على ما بينا فيما سبق.

٣- جـاء في البدائع للـكاساني - أنه يشتـرط في الوصيـة: أن يكون القبول موافقا للإيجـاب، فإن خالف القبول الإيجاب لم تصح؛ ذلك لأنه إذا خالفه لم يرتبطا فبقى الإيجاب بلا قبول، فلا يتم الركن.

وبيـان ذلك - إذا قال شـخص لرجلين: أوصيت بهـذه الجارية لكـما. فقـبل أحدهما بعـد موت الموصي ورد الآخر لم تصح الوصـية؛ لأنه أوصى لهمـا جميعـا، فكان وصية لكل فرد مـنهما بنصف الجارية، وكـانت الجارية بينهمـا لو قبلا. فإذا رد أحـدهما لم يوجد الشـرط، وهو قبولهـما جميـعا، فبطلت الوصية.

ولو أوصى بها لإنسان، ثم أوصى بها لآخر. فـقبل أحدهما بعد موت الموصي ورد الآخـر - فالنصف للمـوصى له «القابل» والنصف الآخـر لورثة الموصي[1].

وجاء فيها قبل ذلك عند الكلام على القبول ما نصه:

ولو أوصى بالثلث لرجلين ومـات الموصي فرد أحـدهما، وقـبل الآخر الوصيـة - كان للآخر حصـته من الوصيـة، لأنه أضاف الثلث إليهمـا، وقد صحت الإضافة فانصـرف إلى كل واحد منهما نصف الثلث، وهو السدس.

(١) انظر البدائع جـ٧ ص ٣٣٤.

فإذا رد أحدهما الوصية ارتدت في نصفه، وهو السدس، وبقي النصف الآخر لصاحبه الذي قبل: كمن أقر لرجلين بألف فرد أحدهما إقراره - ارتد في نصيبه خاصة، وكان للآخر نصف المقر به - كذا هنا - بخلاف ما إذا أوصي بالثلث لهذا، وبالثلث لهذا. فرد أحدهما، وقبل الآخر بعد وفاة الموصي - فإن كل الثلث للذي قبل؛ لأنه إذا قبل صاحبه يقسم الثلث بينهما بضرورة المزاحمة؛ إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر. فإذا رد أحدهما زالت المزاحمة فكان جميع الثلث له[1].

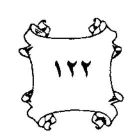
ويظهر من التعليل: أن لا فرق في الإيصاء بالثلث جميعه لاثنين أن يكون ذلك في مجلسين، أو في مجلس واحد بعبارة واحدة، كأن يقول الموصي: أوصيت لكل من فلان وفلان بالثلث لإفادة ذلك أنه أوصى بالثلث جميعه لكل منهما.

وبالنظر في النصين السابقين يتبين ما بينهما من تضارب. إذا كان رد الوصية بالجارية من أحدهما مبطلا للوصية بها في الحال الأولى، ومبطلا للوصية بنصفها في الحال الثانية، بينما كان رد الوصية من أحدهما بالثلث مبطلا للوصية في نصفه فقط، ولا يكون مبطلا لها في شيء في الحال الثانية ويكون الثلث جميعه للقابل. وليس بين الإيصاء بالجارية والإيصاء بالثلث على الوضع المبين خلاف، إلا أن موضوع الوصية في الحال الأولى كان الجارية، وموضوع الوصية في الحال الثانية كان الثلث، وكلاهما قابل للشركة فيه - وليس في العبارة ما يوحي باختلاف غرض الموصي في الحالين. وقد كان المفهوم أن يكون الحكم فيهما واحدا لا خلاف فيه.

وإذا رجعنا إلى ما علل به الحكم في الوصية بالجارية، وإلى ما علل به الحكم في الوصية بالثلث - وجدنا أن التعليل في الحال الأولى محل نقد، ولا يتفق مع ما جاء في كتب المذهب المعتمدة من أن الإيصاء بشيء واحد لاثنين قد يكون على سبيل المقاسمة فيه والاشتراك - إذا كانت عبارة الوصية

---

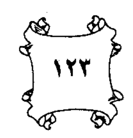
(١) البدائع جـ٧ ص ٣٣٢.



لا تدل على استقلال كل منهما بالموصى به جميعه. وعندئذ يكون رد الوصية من أحدهما مبطلا لها في حصته من الموصى به فقط، كما إذا أوصى لهما بالجارية أو بالثلث، ولا يكون مبطلا للوصية في الموصى به جميعه على أساس أن القبول غير موافق للإيجاب؛ إذ إن ذلك إنما يقال في عقود المعاوضات حيث يكون الإيجاب الموجه إلى اثنين فيها دالا على ضرورة قبولهما جميعا لمحله، من ناحية أن المملك فيها يضره تفريق الصفقة عادة؛ إذ إنه لا يرضى إلا بمعاوضة في محل العقد جميعه. أما في التبرعات فلا يضره ذلك عادة لأن من يعطي عينا لآخر بالمجان لا يضيره التفرق في الصفقة، وأن يكون للمملك بعض ما أراد أن يعطيه إياه.

ولذا جاء في تبيين الحقائق للزيلعي: الواهب إذا وهب لاثنين شيئا لا يحتمل القسمة فقبل أحدهما ورد الآخر جازت الهبة في حصة من قبل - إذا تسلم ما قبل شائعا، ولا يكون رد الآخر مبطلا للهبة؛ بناء على أن القبول غير موافق للإيجاب. ولو وهب لاثنين شيئا يحتمل القسمة فقبل واحد ورد الآخر ثم قسمه نصفين فسلم القابل نصفه صحت الهبة وتمت، ولم يكن رد الآخر مبطلا لها؛ إذ في التبرعات يعتبر أن التمليك لكل منهما على حدة - وهذه العبارة الأخيرة تشير إلى أن التعدد في المتبرع له تقتضي تعدد العقد، وعلى ذلك يكون لكل شخص منهم عقده في حصته. فإذا قبل كان قبوله موافقا للإيجاب، وإذن يكون هذا هو الحكم في الوصية أيضا؛ لأنها من التبرعات - غير أنه لا يفرق فيها بين موصى به يحتمل القسمة، وموصى به لا يحتمل القسمة؛ لأن القبض في الوصية ليس بشرط لتمامها - بخلاف الهبة - وهذا الحكم هو ما تدل عليه عبارات الكتب المعتمدة في المذاهب في صدد الوصية لاثنين.

وهذه الحال إنما تتحقق إذا كان كل من الموصى لهما أهلا للاستحقاق عند الإيجاب بالوصية. أما إذا كان أحدهما غير أهل للاستحقاق عند الإيجاب بها - فلا يتحقق الاشتراك ولا المقاسمة، بل يكون الموصى به جميعه



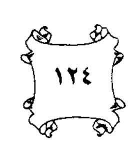
للآخر، لأن ذكر صاحبه معه كالعدم حينئذ، فكان كأنه أوصى له وحده. وعلى ذلك إذا أوصى لاثنين أحدهما ميت وقت الإيجاب كان الموصى به كله للحي منهما، لأن ذكر الميت كذكر الحجر والجدار فكان لعبا. وهذا إذا كان يعلم بموته محل اتفاق - كما سيأتي تفصيل ذلك عند الكلام على الوصية لاثنين.

وقد يكون الإيصاء لا على سبيل الاشتراك، بل على أن يكون لكل من الموصى لهما الموصى به بتمامه، كأن يقول الموصي: أوصيت لكل من فلان وفلان بالثلث - أو أن يقول: أوصيت لزيد بالثلث ثم يقول بعد مدة: أوصيت لمحمد بالثلث. وفي هذه الحال إذا رد أحدهما الوصية، أو مات قبل وفاة الموصي - كان الثلث جميعه للآخر منهما؛ ذلك لأنه إنما يشتركان فيه عند قبولهما جميعا، وعدم الإجازة من الورثة نتيجة لتزاحمهما، وعدم رجحان أحدهما على الآخر. فإذا رد أحدهما، أو توفي قبل وفاة الموصي زالت المزاحمة، وزال الاشتراك نتيجة لذلك، وكان الثلث جميعه للآخر. وسنزيد هذا الموضوع بيانا عند كلامنا عن الوصية لاثنين.

وبناء على هذا الأصل يرى: أن أحكام الحال الثانية تتفق مع هذا الأصل، وأن أحكام الحال الأولى لا تتفق معه، فلينظر على أي أساس بنيت؟

وقد تعرض بعض الكاتبين الأجلاء لهذه المسألة محاولا رفع ما أظهرناه من التعارض، فذكر أن محل الوصية إذا كان غير قابل للقسمة فاشتراط قبولي الموصى لهما جميعا أمرا محتملا برجحان، وذلك كما في الإيصاء بالجارية - بخلاف ما إذا كان الإيصاء بالثلث. ولكني أرى: أنها محاولة غير مقنعة، ولا تتفق مع قواعد المذهب. وقد يكون ثلث التركة جارية، كما إذا كانت التركة عبارة عن ثلاث جوار منفقة القيمة.

وقد جاء في المبسوط للسرخسي: لو أوصى رجل لرجلين بثلث ماله فرد أحدهما الوصية بعد موته - كان للآخر حصته من الوصية - إذا قبلها؛



لأن الوصية قد بطلت في حق الراد منهما برده - ولو بطلت بسبب آخر، بأن كان وارثا جازت في حصة الآخر، فكذلك الحكم إذا بطلت برده.

وهذا لأن الشيوع لا يمنع صحة الوصية، بخلاف الهبة؛ فإن القسمة مشروطة فيها لتمام القبض. والقبض ليس بشرط لوقوع الملك في الوصية.

وهذا النص يتفق مع الأصل ومع نص البدائع في الحالة الثانية(١).

ولا يعد القبول مخالفا للإيجاب في الوصية - إذا قبل الموصى له بعض الموصى به، وردها في بعضه الآخر، فتصح الوصية وتلزم فيما قبل منها، وتبطل فيما رد منها، وذلك لأنه لا يترتب على تفريق الصفقة في التبرعات ضرر - كما ذكرنا - بخلاف المعاوضات. وعلى ذلك إذا أوصى شخص لآخر بدارين: فقبل إحداهما بعد الموت صحت الوصية في الدار التي قبل الوصية بها، وكذلك الحكم إذا أوصى له بدار فقبل الوصية في نصفها شائعا صحت الوصية في نصفها على وجه الشيوع. وهذا ما ذهب إليه الحنفية وهو الأصح من مذهب الشافعية(٢) وقد أخذ بهذا قانون الوصية، فقد جاء في «المادة ٣»:

«إذا قبل الموصى له بعض الوصية ورد البعض الآخر - لزمت الوصية فيما قبل، وبطلت فيما رد. وإذا قبلها بعض الموصى لهم، وردها الباقون - لزمت بالنسبة لمن قبلوا، وبطلت بالنسبة لمن ردوا».

وجاء في المادة ٢٤ فقرة ٢: «إذا رد الموصى له الوصية كلها، أو بعضها بعد الموت وقبل القبول بطلت فيما رد».

ولم تفرق المادة في الحكم بين: ما إذا كان ما قبله منها الموصى له بعضا شائعا أو مفرزا. وإنما لم يكن القبول في هذه الأحوال عند التبرع مخالفا للإيجاب؛ لأن التبرع التزام من جانب واحد في الواقع. ومن يتبرع بالكل

---

(١) البدائع جـ٧ ص ٣٣٢-٣٣٤ والزيلعي جـ٥ والمبسوط جـ٢٨ ص ٤٨.
(٢) راجع تحفة المحتاج جـ٦ ص ٩٥.

يعد متبرعا بالجزء. وإنما اشترط القبول فيها حتى لا يدخل في ملك إنسان ما لا يريد. فإذا قبل تبرعه في جزء مما تبرع به دخل ذلك الجزء في ملكه؛ تحقيقا لرغبة المتبرع والتزامه فيه، ولم يدخل الجزء الآخر لعدم رغبة المتبرع له في تملكه، ولا ضرر على المتبرع في ذلك، وهذا ما لم يشترط المتبرع شرطا يقضي بعدم تفريق هذا الالتزام، وإلا وجب التزام هذا الشرط. وهذا ما ذهب إليه الحنفية: ففي وقف هلال[1]:

لو أن رجلا أوصى لرجل بثلث ما له فأخذ بعضه - عد ذلك قبولا للوصية به جميعه، وليس له أن يردها فيما بقي.

ولو قال: قبلت نصف ما أوصى به من الثلث، ولا أقبل الباقي جازت الوصية في النصف، وبطلت في النصف الباقي، وكان لورثة الميت - ولو قال: أوصيت بثلث مالي لعبد الله وزيد - فلم يقبل أحدهما، يكون لمن قبل النصف وتبطل في النصف الباقي، فيكون لورثة الموصي. وإنما يراد بحصة كل منهما أن يقبلها صاحبها وليس يراد به غير ذلك.

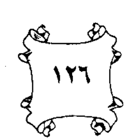
وهذا أيضا هو ما يظهر من مذهب المالكية، كما تفيد عبارة التسولي فقد قال في الوصية لأكثر من واحد: إذا قبل بعضهم ورد البعض، فحظ من رد ولم يقبل يرجع ميراثا، وهو الأصح من مذهب الشافعية. فقد قال ابن حجر في التحفة: والأوجه صحة الاقتصار على قبول البعض؛ لأن المطابقة بين الإيجاب والقبول إنما هي في البيع وما ألحق به.

وجاء في التعليق على ذلك من حاشية الشرنواني: والهبة والوصية ليست كذلك - وفي الأنوار : لو قال أوصيت بها لكما فرد أحدهما لا يكون للآخر إلا النصف - وفي المغني ما يدل: على أن هذا هو مذهب الحنابلة أيضا[2].

---

(١) هلال ص ١٦٨ - ١٧٠.

(٢) الشرقاوي على التحفة جـ ٦ ص٩٥؛ التسولي جـ٢ ص٣١٢؛ الأنوار جـ٢ ص٢٤ المغنى جـ٦ ص٤٠.



شروط الموصي:

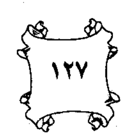
يشترط القانون في الموصي: أن يكون أهلا للتبرع قانونا. واستثنى من ذلك: من حجر عليه لسفه أو غفلة، ومن بلغ من العمر ثماني عشرة سنة شمسية، فأجاز وصيتهم بإذن من المجلس الحسبي «م/ ٥» وقد حل محل المجلس دائرة الأحوال الشخصية للولاية على المال.

والمراد بمن هو أهل للتبرع: من يكون له ولاية التبرع من أمواله بمقتضى قانون الولاية على المال رقم ١٤٩ لسنة ٥٠، والقانون المدني - لأنهما القانونان اللذان ينظمان سلطان الولاية على المال والتصرف فيه، ومنهما يعرف من له أهلية التبرع من أمواله، ومن ليس له هذه الأهلية.

ويكون للشخص ولاية التبرع في ماله بمقتضاهما: إذا كان بالغا عاقلا رشيدا راضيا. غير محجور عليه لسفه أو غفلة - وبناء على ذلك: لا تصح وصية الصبي الذي لا يميز، ولا وصية المجنون. والمعتوه والمغمى عليه. وهذا محل اتفاق بين جميع الأئمة؛ إذ ليس لهم إرادة ولا عبارة معتبرة، وإذن تكون وصية هؤلاء باطلة باتفاق.

وصية السكران: وكذلك لا تصح قانونا وصية السكران - إذا أوصى حال سكره؛ لأنه في هذه الحال غير عاقل ولا إرادة له. وعليه تكون وصيته باطلة. وإلى هذا ذهب الشيعة الجعفرية - إذ جاء في تحرير الأحكام: أن وصية السكران، وضعيف العقل الذي لا يعد رشيدا باطلة - وهو أيضا مذهب المالكية والحنابلة.

وخالف في ذلك الحنفية. فصححوا وصية السكران إذا سكر بمحرم؛ زجرا له وتغليظا عليه واعتبارا لقصده حين أقدم على السكر. وهو يعلم أنه قد يأتي من الالتزامات معه ما لا يقصد إليه عند ذلك - أما إذا سكر بغير محرم كأن شرب المسكر للتداوي - فإن وصيته عند ذلك تكون باطلة؛ لانعدام إرادته كسائر تصرفاته؛ لأنه في هذه الحال غير أهل للزجر والتغليظ عليه. وإلى هذا ذهب الشافعية أيضا.



وصيـة المكْرَه والهازل والمخطئ: وكذلك لا يصح قانـونا: وصية المكره والهازل، والمخطئ؛ لأن هذه عـوارض يفوت بها الرضا والإرادة، فـلا تثبت معها سلطة التبرع قانونا، وإنمـا تبطل وصية الهازل، أو وصية المخطئ إذا قام على الهزل أو الخطأ ما يدل عليه مما يطمئن إليه القاضي.

والهازل هو الذي يتكلم بما لا يقصـد إلى تحقيق معناه، وإن قـصد إلى التلفظ به.

والمخطئ: من سبق لسانه إلى التلفظ بما لا يريد أن يتلفظ به، بينما كان يريد التلفظ بغيره.

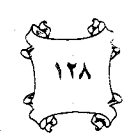
وعـدم صحـة وصـيـة الهازل والمخطئ والمـكره ذهب إليه: الحـنفيـة، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والزيدية، والشيعة - غير أن الحنفية يرون أن تصـرف المكره يصح إذا أجيـز بعد زوال الإكـراه، وكذلك يرون أن تصـرف الهازل ينفذ بالإجازة.

ومقتضى المادة: أن وصية كل ممن حجر عليه للسفه أو للغفلة، ومن لم يبلغ إحدى وعشرين سنة شمسيـة باطلة؛ لأنهم ليسوا من أهل التبرع قانونا. إلا إذا صـدرت بإذن من المجلس الحـسـبي ولم يكن الموصي أقل من ثمـاني عشرة سنة شمسية. وقد حل محل المجلس الحسبي الآن المحاكم، وذلك على حسب تنوع اختـصاصها. فـصار الإذن الآن من دائرة الأحوال الـشخصـية للولاية على المال، تصدره الدائرة صاحبة الاختصاص بالنسبة لأموال من يريد الإيصاء.

أما رأي الفقهاء في وصية هؤلاء فهو كما يأتي:

وصية الصبي المميز:

يرى أهل الظاهر، وجمهـور الشيعة الجعفـرية، والزيدية: أن الوصية لا تصح إلا بمن بلغ. وعلـى ذلك تكون وصـية الـصبي المـميـز عندهم غـيـر صحيحة. وذلك أيضا أظهر القولين عند الشافعية.



وذهب بعض الشافعية إلى جوازها، كما ذهب بعض الشيعة الجعفرية إلى صحتها - إذا كانت بالمعروف، وبعض الزيدية إلى صحتها - متى كان الموصي ابن عشر فما فوق ذلك، وبعضهم إلى صحتها متى كانت في سن يرجى فيها احتلامه.

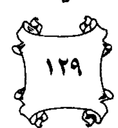
وإلى القول بعدم صحة وصيته - ذهب الحنفية أيضا؛ لأنه ليس أهلا للتبرع عندهم، ولكنهم مع ذلك استثنوا وصيته في أمور تجهيزه، ودفنه استحسانا، مع اشتراط المصلحة في ذلك؛ لأنه إيصاء بما هو واجب على أية حال في هذه الحال. وإذا أضاف الصبي وصيته إلى وقت بلوغه لم تصح أيضا عندهم؛ لأن عبارته حين صدرت - صدرت غير معتبرة منه في التبرع فتلغو.

وذهب المالكية: إلى أن وصية الصبي المميز صحيحة - إن كانت بغير محرم، ولم يكن في كلامه اختلاط؛ لأن ذلك أمارة نضج عقله.

أما الحنابلة - فعندهم في وصيته إذا لم يجاوز عشر سنين روايتان: أصحهما - أنها تصح متى كان مميزا، والأخرى أنها لا تصح. أما من جاوز العشر فوصيته جائزة - إذا وافقت وجه الحق - وعن أبي بكر: لا خلاف في المذهب في أن من بلغ عشرا فوصيته جائزة، ومن كان دون سبع فوصيته غير جائزة، ومن كان بين ذلك ففي وصيته روايتان - وقال ابن أبي موسى: لا تصح وصية من لم يبلغ عشرا. ولا إجازتها قولا واحداً - وعند الحنابلة وجه آخر - هو أن وصية الصبي المميز لا تصح، ولا تصح الوصية إلا من بالغ.

والقول بصحة وصية الصبي المميز مروي عن: عمر، والزهري، وعمر ابن عبد العزيز، وشريح، وعطاء، وإياس، وعبد الله بن عتبة، والشعبي، والنخعي، ومالك، وإسحق. والقول بعدم صحتها مروي عن: ابن عباس، والحسن، ومجاهد، وهو مذهب أصحاب الرأي.

وقد استند من أجازها إلى ما روي، أن صبيا من غسان له عشر سنين أوصى لأخوال له، فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فأجاز وصيته. وكذلك إلى ما رواه مالك في موطئه عن عبد الله بن أبي بكر عن



أبيه، أن عمر بن سليم أخبر أنه قيل لعمر بن الخطاب، إن ها هنا غلاما يافعا لم يحتلم، وورثته بالشام وهو ذو مال، وليس له ها هنا إلا ابنة عم. قال عمر، فليوص لها[1]. ولأن الصبي إنما منع من التبرع خوف إضاعته ماله، وليس في الوصية ذلك؛ لأن المال الموصى به له ما عاش. فإذا هو توفي كان لمن أوصى له به، وكان له من وراء ذلك الثواب.

أما من منع وصية الصبي فقد طرد القياس فلم يجز وصيته لأنها تبرع، وهو ليس أهلا للتبرع. والوصية إنما شرعت لكي يتدارك الإنسان بها ما فاته: من بر أو معروف، أو أداء واجب. والصبي لا يزال في مقتبل حياته، فليس بسبيل من أن يفوته شيء من ذلك. وإذن فلا موجب لاستثنائها من التبرع الذي منع منه.

والقانون كما بينا: لا يرى جواز الوصية إلا من الرشيد. وقد ناط الرشد بإحدى وعشرين سنة؛ أخذا من مذهب المالكية، ومذهب الشافعية. وذلك ليتسق تشريعه؛ إذ منع غير الرشيد من التبرع، ولكنه مع ذلك استثنى من بلغ من عمره ثماني عشرة سنة شمسية، وهو في هذه الحال يكون بالغا؛ لأن أقصى سن البلوغ عند الحنفية ثماني عشرة سنة للغلام، وسبع عشرة سنة للفتاة في قول أبي حنيفة، وخمس عشرة سنة لهما في قول الصاحبين، ولأن سن البلوغ المعتبر عملا. وعليه الفتوى: خمس عشرة سنة بالنسبة لهما - على ما ذهب إليه الصاحبان، وهو رواية عن الإمام. وإليه ذهب الشافعي، وأحمد، ومالك، والأوزاعي. فأجاز القانون وصيته إذا أذنت بها الجهة القضائية المختصة، وهي في هذه صحيحة عند جميع الفقهاء إلا عند من يعده سفيها حتى يثبت رشده - ففيها خلافهم حينئذ على ما بينا[2]. وقد استعاض

(١) المغني جـ٦ ص ٥٢٧.

(٢) لقد جرى التشريع المصري منذ سنة ١٨٩٦ على اعتبار الشخص رشيدا متى بلغ ثماني عشرة سنة (م ٨٠) من الأمر العالي الصادر في ١٩ نوفمبر ١٨٩٦، وقد رفعه إلى إحدى وعشرين سنة شمسية منذ ١٣ أكتوبر ١٩٢٥ ولكي يتبين أن القانون حين أبطل وصية من لم يبلغ سنه إحدى وعشرين سنة - إذا لم تأذن بها المحكمة - إنما يستند في ذلك إلى=

القانون بإذن الجهة القضائية عن شرط تحقق الرشد بالسن حينئذ؛ إذ إنها لا تأذن إلا إذا كان سبيل وصيته الخير والمصلحة. على أن القول بصحتها في هذه السن لا يرجع إلى أن صاحبها يكون فيها رشيدا عند جميع الفقهاء. فإن منهم من لم يجعل للرشد سنا، وناطه بالبلوغ، وجعل سبيل التعرف عليه التجربة والنظر في تصرفاته - دون أن يكون له سن محددة.

وعلى الجملة: فالأساس في صحة الوصية هو ثبوت الرشد. فالقانون حين جعل مناطه إحدى وعشرين سنة - منع الوصية ممن لم يبلغ هذه السن - إلا إذا كان قد بلغ ثماني عشرة سنة، وأذنت بها الجهة القضائية؛ لأن في ذلك الضمان لأن تكون سبيل وصيته سبيل رشد وصلاح. وجمهور الفقهاء حين ناطوا الرشد بالبلوغ - أجازوا الوصية ممن بلغ ولو لم يبلغ سن الثماني عشرة سنة، على ما في ذلك من خلاف فصلناه فيما سبق.

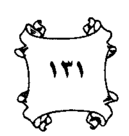
وصية المحجور عليه للسفه:

ذهب إلى القول بصحتها: مالك والشافعي. وهو قياس قول أحمد، وقول جمهور الحنابلة. وقال أبو الخطاب في وصيته وجهان: ذلك لأنه عاقل

= بعض أقوال لبعض الفقهاء: نذكر منها أن مذهب المالكية: أن الصبي إذا كان ذكرا تحت ولاية أبيه فبلغ بظهور العلامات الدالة على البلوغ لم يعتبر رشيدا إلا إذا ظهر رشده بناء على تجربة، أو ما يقوم مقامه، وإلا اعتبر سفيها. هذا هو المشهور من مذهب مالك. وإن كان تحت وصاية وصي لم يخرج من وصايته بمجرد بلوغه بالعلامات، بل لا بد أن يخرجه الموصي بناء على أنه قد تبين رشده له. أما إذا توفي أبوه ولم يعين عليه وصي فبلغ كانت أفعاله مقبوله نافذة ومحمولة على الرشد إلا إذا ظهر سفهه.

أما الأنثى فإن كانت في ولاية أبيها ظلت في ولايته بعد البلوغ في المشهور من قول مالك، حتى تتزوج ويدخل بها زوجها ويؤنس رشدها. وروي عن مالك أنها تخرج من ولايته بالبلوغ، وإيناس الرشد كالذكر.

وعلى هذا إذا جعل مناط ظهور الرشد وإيناسه بلوغ الشخص ٢١ سنة شمسية - كان قبل ذلك سفيها بناء على هذه الآراء. والسفيه وإن كان جائز الوصية عند مالك إلا أنه عند غيره غير جائز وصيته كما بينا - فإذا أجازها القانون بإذن المحكمة فقد توسط في الأمر. راجع المواق ومواهب الجليل للحطاب جـ٥ ص ٦٥.



مكلف، ولا ضرر منها عليه، بل ولا على ورثته لأنها تصرف في حقه - وهو ثلث تركته - وفيها إلى ذلك قربة فتصح منه، كما تصح منه جميع العبادات والقرب.

وأنت تعلم أن أبا حنيفة، والزيدية - لا يرون الحجر بسبب السفه، ولذلك لا يمنع السفه عندهم وصيته - ومن الشافعية من ذهب إلى عدم صحة وصيته للحجر عليه، وهو الأقرب عند الشيعة الجعفرية، وأهل الظاهر.

أما أبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة فيريان: عدم صحة وصيته للحجر عليه، ولكنهما يستثنيان وصيته في الطاعات والقرب، ووجوه البر، لأنها ضرب من العادة. ومنه تصح العبادات لأنه مكلف.

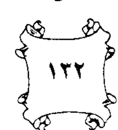
ومن ذلك يرى: أن القانون قد اتخذ له موقفا وسطا بين القائلين بصحة وصيته، والقائلين بعدم صحتها. فأجازها إذا أذنت بها الجهة القضائية المختصة حتى يتحقق من أن سبيلها ليس سبيل السفه بل سبيل الرشد والمصلحة.

وإذا جازت وصية كل من هؤلاء بإذن هذه الجهة - فإنها لذلك تنفذ بإجازتها بعد صدورها، إذا صدرت قبل استئذانها - لأن الإجازة اللاحقة في حكم الإذن السابق، إذ المناط تحقق المصلحة بموافقة الجهة القضائية عليها، وذلك ما يتحقق عند الإذن والإجازة[1]، وعلى ذلك تكون وصية كل من المحجور عليه للسفه، أو للغفلة، أو من بلغ ١٨ سنة قبل صدور الإذن بها موقوفة على إجازتها من الجهة القضائية.

هذا، وليس يشترط في الموصي أن يكون مسلما. فتصح وصية غير المسلم مسيحيا كان أو يهوديا متى استوفت شرائط صحتها.

---

(١) راجع الشرح الكبير للدردير جـ٤ ص ٤٢٢ والحطاب جـ٦ ص ٣٦٤ والبدائع جـ٧ ص ٣٣٤ والمنتزع جـ٤ ص ٤٧٠ وتحرير الأحكام جـ١ ص ٢٩٣ والمحلى جـ٩ ص ٣٣٠ ونهاية المحتاج جـ٦ ص ٤٠ والمغني جـ٦ ص ٥٢٦.



أما وصية من ارتد عن الإسلام فهي جائزة نافذة عند الصاحبين؛ سواء أكان رجلا أم امرأة. وذكر العتابي في شرح الزيادات أنهما يريان: أن من يرتد إلى النصرانية، أو اليهودية، أو المجوسية - يكون حكم وصاياه حكم من انتقل إليهم. فما صح منهم صح منه - وإلى قول الصاحبين ذهب الحنابلة.

وذهب الإمام: إلى أن وصية المرتدة صحيحة؛ لأنها لا تقتل بردتها. وإذن تكون كالذمية - بخلاف المرتد لأنه لا يقر على ردته، بل إما أن يسلم، أو يقتل - فلا تنفذ وصيته. فإن مات على ردته بطلت، وإن عاد إلى الإسلام صحت. وفي الهداية: أن ذلك هو الأصح. ونقل صاحب الهداية عن شرح الزيادات: أن بعضهم ذكر أن المرتدة لا تكون كالذمية عند الإمام حتى لا تصح منها وصية، وهو الصحيح. وإذن فللإمام في المرتدة قولان مصححان؛ وأحدهما أصح وغيره صحيح وهو عدم صحة الوصية من المرتدة والمرتد.

وذهب مالك والشافعية: إلى أن وصية من يرتد موقوفة: فإن مات على ردته بطلت.

وعلى ذلك تكون الآراء في وصية المرتد ثلاثة:

الأول: صحتها من المرتد والمرتدة. وبه قال الصاحبان، أما الشافعي، وأحمد فذهبا إلى أن حكمها متوقف على وفاته مرتدا أو عودته إلى الإسلام.

الثاني: صحتها من المرتدة، ووقفها من المرتد. وهو الأصح من قول أبي حنيفة.

الثالث: أن وصية المرتد والمرتدة موقوفة. فإن مات صاحبها على ردته بطلت، وإن عاد إلى الإسلام صحت.

وهذا أحد قولي أبي حنيفة، وإليه ذهب الشافعية والمالكية[1].

---

(١) راجع الدسوقي جـ٤ ص ٤٢٦ ونهاية المحتاج جـ ٦ ص ٤٠.



شروط الموصى له:

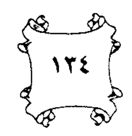
ذكر القانون شروط الموصى له وما يتصل بها - في المواد (٦، ٧، ٨، ٩)، كما نص في (المادة ٣) - على ما بينا - أنه يشترط فيه: ألا يكون جهة هي معصية في نظر الشارع الإسلامي. وكذلك نص في (المادة ١٧) على أنه يشترط فيه: ألا يكون قاتلا للموصي؛ كما سنبين ذلك فيما يأتي:

وقد جاء (في المادة ٦) من القانون أنه يشترط في الموصى له شرطان: الأول: أن يكون معلوما - الثاني: أن يكون موجودا عند الوصية إن كان معينا، فإن لم يكن معينا لم يشترط فيه أن يكون موجودا عند الوصية، ولا وقت موت الموصى. وذلك مع مراعاة ما نص عليه في (المادة ٢٠) من القانون، وقد تقدم شرحها.

وذكر في (المادة ٧) أن الوصية لأماكن العبادة، والمؤسسات الخيرية، وغيرها من جهات البر، وللمؤسسات العلمية، والمصالح العامة - صحيحة. وتصرف على عمارتها، ومصالحها، وفقرائها وغير ذلك من شئونها - ما لم يتعين مصرف الوصية لها بعرف أو دلالة. كما تصح الوصية لله تعالى، بدون ذكر جهة بر معينة، ولأعمال البر بدون تعيين جهة منها. ونصرف حينئذ في وجوه الخير.

وذكر في (المادة ٨): أن الوصية لجهة معينة من جهات البر غير موجودة، ولكنها ستوجد مستقبلا صحيحة. فإن تعذر وجودها بطلت الوصية. وهذا استثناء من الفقرة الثانية من (المادة ٦) التي تشترط وجود الموصى له عند الوصية إذا كان معينا.

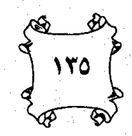
وذكر في (المادة ٩): أن الوصية تصح مع اختلاف دين الموصى له، ودين الموصي. وكذلك مع اختلاف داريهما إلا إذا كان الموصي تابعا لبلد إسلامي، وكان الموصى له تابعا لبلد غير إسلامي تمنع شريعته من الوصية لمثل الموصي. وكان الموصى له في هذه الحالة غير مسلم، وإلا صحت الوصية له. وهاك تفصيلا لذلك:



١- اشترط القانون: أن يكون الموصى له معلوما. وهو شرط عام في جميع أحواله، والمراد بذلك أن يكون معلوما علما يمكن من تنفيذ الوصية وتسليم الموصى به إليه، وإلا كانت الوصية باطلة، أو فاسدة، ولهذا فإن هذا الشرط يعتبر شرط انعقاد - إن قلنا إنها تكون عند فقدان هذا الشرط باطلة غير صالحة لأن تنقلب صحيحة، ويرتفع فسادها بزوال سببه، وهو جهالة الموصى له، وليس في عبارة القانون ما يدل على أحد الأمرين.

ولهذا يرجع في بيان حكم هذه الحالة إلى مذهب الحنفية عند الحاجة؛ لأنه المذهب الواجب تطبيقه في الجمهورية العربية - ما لم يصدر بخلافه قانون. وسنبين فيما يأتي رأي الحنفية في ذلك: والعلم بالموصي له قد يكون: بذكره باسمه، أو بصفته الدالة عليه، أو بالإشارة إليه كأن يوصي شخص إلى فلان، أو إلى أشخاص يذكرهم بأسمائهم، أو يشير إليهم فيقول: أوصيت لهؤلاء، أو يوصي إلى المدرسين بمعهد كذا، أو إلى الفقراء بقرية كذا، أو إلى مدرسة قريته أو إلى مسجد بلده، أو إلى القراء فيه، أو نحو ذلك ففي هذه الأحوال كلها يعد الموصى له معلوما؛ وتكون الوصية لهم صحيحة متى استوفت سائر شروطها.

وبناء على ذلك - إذا كان الموصى له مجهولا: بأن أوصى شخص لواحد من الناس، أو لطائفة من الطوائف - كانت الوصية باطلة. وكذلك تكون باطلة إذا قال: أوصيت بكذا لأهل الدنيا كما في هلال ص ٢٢٩. وكذلك الحكم إذا أوصى لأحد هذين الرجلين، وتوفي من غير بيان. فتبطل وصيته بناء على ذلك، ويرد الموصى به إلى ورثة الموصي. وإنما بطلت الوصية عند تجهيل الموصي: له؛ لأنها للتمليك ولا يملك المجهول. وفي هلال ص ٣٢٠: إذا قال الموصي أوصيت لأحد هذين الرجلين للورثة أن يعطوا أيهما شاء؛ لأنه جعل الخيار للورثة في ذلك فكان شرط المشيئة لهم - واشتراط العلم بالموصي له على وجه يمكن من تنفيذ الوصية ليس محل خلاف بين الفقهاء، بدليل أنهم جميعا يشترطون في الموصى له: أن يكون من أهل



الاستحقاق. والمجهول لا يصح أن يملك حقا، وإنما الخلاف بينهم في الجهالة المانعة: أهي الجهالة مطلقا، أم الجهالة التي لا يمكن رفعها. قد عرض الحنابلة والحنفية لهذه المسألة؛ ففي الفروع والمحرر: إذا قال شخص: أوصيت لأحد هذين الرجلين - ففي ذلك روايتان عن أحمد: إحداهما لم تصح الوصية، والأخرى تصح. واختارها أبو بكر، ويقرع بينهما. وقيل يكون التعيين للورثة. وظاهر هذا أن يتوفى الموصي قبل أن يعين. فإن عين من يريده في حياته صحت الوصية له؛ إذ على الأقل يعتبر ذلك وصية جديدة له بمثل ما أوصى به أولا. وجاء في البدائع: ومن شروط الموصى له: ألا يكون مجهولا جهالة لا يمكن إزالتها. فإن كان مجهولا كذلك لم تجز الوصية له؛ لأن الجهالة التي لا يمكن استدراكها تمنع من تسليم الموصى به إلى الموصى له، فلا تفيد الوصية أثرها. وعلى هذا يخرج ما إذا أوصى بثلث ماله لرجل من الناس فلا تصح هذه الوصية بلا خلاف - ولو أوصى لأحد هذين الرجلين لا تصح الوصية في قول أبي حنيفة رحمه الله. وهو قول الشافعي - وتصح عند صاحبيه - غير أن أبا يوسف يرى: أن يكون الموصى به بينهما نصفين. ومحمد يرى: أن يعطي الخيار إلى ورثة الموصي في تعيين أيهما الموصى له.

وجه قول محمد: أن الإيجاب وقع صحيحا لأن أحدهما وإن كان مجهولا لكن جهالته مما يمكن إزالتها، ألا ترى أن الموصي لو عين أحدهما بعد ذلك صح تعيينه - وكانت الوصية له. فإذا توفي قبل أن يعين - فقد عجز عن التعيين بنفسه، وإذا عجز عنه قام وارثه مقامه في ذلك، كما يقوم مقامه في تعيين الموصى به إذا كان مجهولا فمات الموصي قبل تعيينه.

ووجه قول أبي يوسف: أن الموصي إذا مات قبل أن يعين شاعت الوصية للرجلين، وليس أحدهما بأولى من الآخر بها، كمن أعتق أحد عبديه، ثم مات قبل البيان؛ إذ إن العتق في هذه الحال يشيع فيهما جميعا، فيعتق من كل واحد منهما نصفه. فكذلك في هذه المسألة يكون لكل واحد منهما نصف الوصية.



ووجه قول أبي حنيفة: أن الوصية تمليك عند الموت فتستتبع أن يكون الموصى له معلوما عنده. فإذا توفي الموصي قبل التعيين كان الموصى له مجهولا عند موت الموصي فلا تصح الوصية؛ لعدم صحتها من الأصل. كما لو أوصي لواحد من الناس، ولا يمكن أن يقال بشيوع الملك، ولا بقيام الوارث مقام الموصي في التعيين؛ لأن ذلك إنما يكون عند صدور الإيجاب بها صحيحا. وهنا صدر الإيجاب غير صحيح؛ فلا تصح الوصية - إلا أن الموصي إذا بين الموصى له بعد الوصية صحت؛ لاعتبار البيان منه إنشاء وصية لمن عينه، فكان ذلك وصية مستأنفة وهي صحيحة(١).

ومن هذا يرى: أن المادة حين اشترطت في الموصى له أن يكون معلوما إنما يراد بذلك: أن يكون معلوما عند موت الموصي، وأنه لو كان مجهولا عند الإنشاء، ثم عينه الموصي بعد ذلك التحق هذا البيان بوصيته، أو اعتبر وصية جديدة يشترط فيها ما يشترط في الوصية. فإذا استوفت شروطها صحت.

٢- كذلك اشترط القانون أن يكون الموصى له موجودا عند الوصية - إن كان معينا. واستثنى من ذلك الوصية لجهة معينة من جهات البر ستوجد مستقبلا (م - ٨) فلا يشترط في صحة الوصية لها وجودها عند إنشاء الوصية، بل ولا وجودها عند موت الموصي، بل الشرط إمكان وجودها. وعلى ذلك إذا توفي الموصي في هذه الحال مصرا على وصيته - كان الموصى به موقوفا إلى أن توجد هذه الجهة فيكون لها - أما ريعه ونماؤه الحادثان بعد الوفاة وقبل وجود هذه الجهة فيكون لورثة الموصي بناء على المادة (٢٦) من القانون. فإن تعذر وجودها بطلت الوصية، وعاد الموصى به إلى ورثة الموصي. والمراد بتعذر وجوده: أن يتحقق اليأس منه، كما تفيده (المادة ٢٦)

---

(١) راجع المحرر جـ١ ص ٣٨٧، والبدائع جـ٧ ص ٣٤٢.

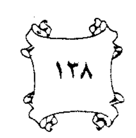


من القانون. إذ جاء فيها: وعند اليأس من وجود أحد من الموصى لهم تكون العين الموصى بها ملكا لورثة الموصي. وصحة الوصية لجهات البر المعينة - إذا كانت غير موجودة - تبع فيه القانون مذهب المالكية. وإليه ذهب الحنابلة أيضا.

وتعيين الموصى له قد يكون بالإشارة إليه، وفي هذه الحال لا يتصور إلا أن يكون موجودا عند الوصية، وقد يكون بذكر اسمه: سواء أكان واحدا أم متعددا - كأن يوصي شخص لفلان، أو لفلان وفلان، وهكذا. وقد يكون بذكر صفة له مختصة به تدل عليه شخصيا لدلالة اسمه عليه. وذلك كأن يوصي شخص لحمل فلانة، أو لحمل هذه المرأة، أو لأكبر أولاد فلان سنا، أو لأول ولد يولد، أو نحو ذلك من الأوصاف. ففي هذه الأحوال كلها يشترط القانون: أن يكون الموصى له موجودا عند الوصية، مع ملاحظة ما أشرنا إليه من استثناء جهات البر - إذا أوصى إلى جهة معينة منها.

ذلك ما ذهب إليه القانون في اشتراط وجود الموصى له عند الوصية: ذلك لأن الوصية لمعين تمليك له فوجب أن يكون موجودا؛ إذ لا يملك المعدوم. ولا ينقض هذا التوجيه: أن التمليك في الوصية مضاف إلى وقت الموت، وإذن يكون اللازم وجوده في ذلك الوقت لا قبله؛ لأن الإيجاب بالوصية فيه إضافة الملك إلى الموصى له، ولا يضاف ملك إلى معدوم وإن كان ذلك الملك لا يوجد إلا عند الموت؛ إذ لا يصح أن يقبل من إنسان: ملكت فلانا المعدم بعد شهر من هذا التاريخ مثلا.

واشتراط وجود الموصى له المعين على الوجه الذي بينا عند إنشاء الوصية - ذهب إليه الحنفية والشافعية. أما الشيعة الجعفرية والزيدية، فمنهم من صرح بذلك كالحنفية، ومنهم من صرح بأنه يشترط في الموصى له أن يكون أهلا لأن يملك وقت الإيصاء عند ما يكون معينا، وليس المعدوم أهلا لذلك. وعلى ذلك إذا أوصى شخص لفلان فظهر أنه ميت كانت الوصية باطلة؛

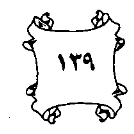


وكذلك إذا أوصى لأول ولد يولد لفلان؛ أو لأكبر أولاده سنا - وليس له ولد - أو أوصى لأول مسجد يبنى في هذه القرية؛ أو لمسجد يبنيه فلان ولم يشرع في البناء، أو لحمل هذه المرأة - وليست بحامل - ففي كل هذه الأحوال - تكون الوصية باطلة عند هؤلاء.

وذهب الحنابلة إلى هذا أيضا - غير أنهم قد استثنوا من ذلك الوصية للمنشآت الخيرية؛ وجهات البر - فلم يشترطوا في صحة الوصية لها وجودها عند الوصية - إذا ما كانت معينة؛ وذلك بناء على أن الوصية لها تعد في الواقع وصية في سبل الخير، والغرض منها إنفاق المال في سبيل الله، فكان الموصى له في الحقيقة هو جهات البر على الإطلاق، وهي موجودة عند الوصية. ولذا صححوا الوصية لمنشأة خيرية لم توجد ويصرف الموصى به لجهة بر أخرى. إذا تعذر وجودها.

وقد كان مشروع هذا القانون قبل صدوره يذهب هذا المذهب، وكان نص (المادة ٨): تصح الوصية لجهة معينة من جهات البر ستوجد مستقبلا. فإن تعذر وجودها صرف الموصى به لجهة أخرى من جهات البر. وقد رؤي بعد ذلك اختيار مذهب المالكية القاضي ببطلان الوصية عند تعذر وجود الموصى له؛ لانعدام ما جعله الموصي محلا لها، ورغبة في الوقوف عند إرادة الموصي، فلا يصرف ماله إلى ما لم يأذن بصرفه إليه.

وفي مشروع القانون المزمع إصداره في هذا العام عام ١٩٦٠ رؤي العدول عن مذهب المالكية في ذلك فنص فيه: على أنه عند تعذر وجود جهة البر الموصى لها صرفت الوصية إلى أقرب جهة مجانسة لتلك الجهة؛ أخذاً بمذهب الحنابلة في عدم بطلان الوصية في هذه الحال، وصرف الموصى به إلى جهة أخرى، ورؤي أن تكون مجانسة للجهة الموصى لها؛ مراعاة لإرادة الموصي من ناحية صرف ماله إلى هذا الوجه من وجوه البر - غير أنه قد



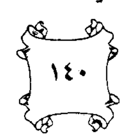
يقال: ما الحكم إذا لم توجد جهة مجانسة؟ والظاهر من مشروع القانون أن الوصية تبطل في هذه الحال.

أما المالكية فإنهم يرون كالحنابلة: صحة الوصية لما سيوجد من جهات البر؛ فلا يشترطون وجود الجهة الخيرية المعينة وقت الوصية - إذا ما أوصى لها. ويجعلون الشرط إمكان وجودها. فإذا تعذر وجودها، بطلت. وهذا ما أخذ به قانون الوصية الحالي (م/٨).

وكذلك لم يشترط المالكية هذا الشرط في الوصية للحمل، ولا في الموصى له إذا كان معينا بالوصف - إلا إذا دلت عبارة الموصي على إرادة وجوده - وعلى ذلك فالوصية لحمل ستوجد صحيحة عندهم - كما بينا فيما سبق. وكذلك لما يولد لفلان من أولاد.

وعلى الجملة - تصح الوصية عندهم لكل من يصح تمليكه ولو في ثاني الحال، أي ولو كان ذلك في مستقبل الزمن عند وجوده، فلا يشترط وجود الموصى له وقت الإيصاء ولا وقت موت الموصي. فتصح عندهم لمن سيكون لفلان من ولد، ولمن سيولد له؛ سواء أكان له وقت الإيصاء حمل أم لا - بأن لم تكن زوجه حاملا - وعندئذ يؤخر الموصى به حتى يحدث له ولد ولو بعد الوفاة، ويكون الموصى به لمن يستهل عند وضعه، أو يكون منه ما يدل على حياته، وإلا بأن تعذر له وجود الولد بطلت الوصية، وكان الموصى به لورثة الموصي.

وكذلك لو قال: أوصيت لولد فلان - ولا ولد له، ولا حمل حين الوصية - إذا كان الموصي يعلم ذلك. فيكون الموصى به لكل من يولد له؛ لأنه لما لم يكن له ولد يوم أوصى - وهو يعلم ذلك - كان مراده الإيصاء لكل من يولد لفلان؛ فلا يختص به بعضهم - أما إذا قال ذلك ولم يكن يعلم وقت الإيصاء بأن لا ولد له ولا حمل - فإن الوصية تكون باطلة؛ إذ الظاهر من عبارته أنه يريد أن يوصي للموجود من أولاد فلان. فإذا تبين أن



لا ولد له بطلت الوصية؛ لعدم وِجـود الموصى له عند الإيصاء. لأنه يعد في هذه الحـال في حكم الموصى له المعين - أمـا إذا كان له ولد، أو حـمل حين الإيصـاء - فإن الوصـية تصح: سـواء أكان يـعلم ذلك، أم لم يكن يعلم. واخـتص بالموصي به حـينـئـذ من كـان مـوجـودا عند الإيصـاء من ولد أو حمل[1].

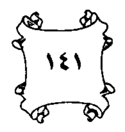
وعلى هذا - فالمالكية يستثنـون من شرط وجود الموصى له عند الوصية لمعين: الوصية لجهات الخير، والوصية للحمل، والوصية لمن عين بالوصف لا بالاسم - إذا لم يكن هناك ما يدل على إرادة الموجود.

أما الحنابلة فيستثنون الوصية لجهات البر فقط.

وجاء في مواهب الجليل للحطاب[2]: اعلم أن الموصى له إذا كان معينا كفـلان، أو أولاد فلان وسـماهم - فـلا خلاف في أن الموصى به يقـسم بين الجمـيع بالسوية يختـصون به. ومن مـات منهم «أي بعد الوفاة والقـبول» - فلوارثه حصته، ومن ولد «أي بعـد وقت الإيصاء» لم يدخل في الوصية؛ أي لأنها تختص بالموجود منهم حين الإيصاء؛ لأنهم معينون.

وإن كان الموصى لهم مجهولين غير مـحصورين: كالفقراء، والمساكين، والغزاة، وبني تميم، ونحوهـم - مما لا يمكن الإحاطة بهم - فلا خلاف في أنه لا يلزم تعـمـيم إعطائهم بالوصـية، ولا التـسـوية بينهم فـيهـا، بل تقـسم بالاجتهـاد، ويكون الموصى به لمن حضر القسمة، ولا شيء لمن مـات قبلها. ومن ولد منهم، أو قدم قبلها استحق فـيها إذا حضرها. وإن كان الموصى لهم

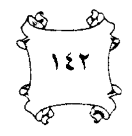
(١) راجع الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، وشرح عبد الباقي على متن خليل، والخرشي على العدوي والحطاب جـ٦ ص ٣٦٦.
(٢) جـ٢ ص ٣٧٤.



يمكن حصرهم. ولكن الموصي لم يعينهم، كقوله: أوصيت لأولادي، أو لإخوتي وأولادهم، أو لأخوالي وأولادهم، ونحو ذلك - فقد اختلف فيه على قولين: قيل إنهم كالمعينين يقسم الموصى به بينهم بالسوية. ومن مات قبل القسمة فنصيبة لورثته «أي إذا قبل الوصية» ومن ولد بعد موت الموصي لم يدخل، وكذلك من ولد بعد الإيصاء - وقيل إنهم كالمجهولين فمن مات قبل القسمة لم يستحق شيئا. ومن ولد قبل القسمة وحضرها استحق فيها، ويقسم بينهم بالاجتهاد. وذكر ابن يونس: أن رأي ابن القاسم في ذلك أن الموصى به لمن حضر القسمة، ولا شيء لمن مات قبلها. ومن ولد قبلها وحضرها دخل فيها، ويقسم بينهم الموصى به بالاجتهاد - مع تصرف للإيضاح.

وعلى ذلك يرى: أن الوصية في الحال الأولى يشترط فيها: وجود الموصى له عند الإيصاء، بدليل أن من يولد بعده لا يدخل في الوصية. وأنها في الحال الثانية - لا يشترط فيها، وجود الموصى له لا عند الإيصاء، ولا عند وفاة الموصي: بدليل أن الموصى به بين من حضر القسمة مما ينطبق عليه عنوان الموصى له ويقسم بالاجتهاد. وأن في الوصية في الحال الثالثة رأيين: رأي يجعلها كالوصية لمعين فيشترط فيها وجود الموصى له عند الإيصاء. ورأي يجعلها كالوصية لغير محصور - فلا يشترط فيها وجود الموصى له حين الإيصاء. ولا حين موت الموصي. وبهذا أخذ القانون في الفقرة الثالثة من م/٦ وهو رأي الحنفية كما سيأتي بيانه.

أما الحنابلة - فالوصية عندهم لغير المعين: إما أن تكون لمحصور عرف بالوصف، وإما أن تكون لغير محصور. ففي الحال الأولى: كالوصية لولد



فلان، أو لأهل زقاقه، أو سكنه أو لجيرانه - فإن الموصى به يكون للموجود منهم وقت الإيصاء، ولا يدخل فيها من يولد، أو يوجد بعد الإيصاء. نص على ذلك في كشاف القناع. وفي منتهى الإرادات: وذكر صاحب المحرر هذا القول أيضا. ثم قال: وعن أحمد: أن الموصى به في هذه الحال يكون لكل من وجد حال موت الموصي(١).

وفي الحال الثانية: كالوصية للفقراء، والمساكين، وأهل قبيلة كذا - فإن العبرة بمن يوجد منهم حين قسمة الموصى به بينهم. ويصح الدفع إلى واحد منهم فقط. ويجوز التفاضل بينهم. وبه قال الشافعي في أحد الوجهين - إلا أنه أوجب الدفع إلى ثلاثة منهم؛ لأنه أقل الجمع. ويرى الحنفية رأي الحنابلة - إلا أن الإيصاء عندهم للقبيلة غير صحيح كما سيأتي؛ لأن العنوان لا ينبئ عن الحاجة؛ فيدخل الأغنياء والفقراء. فلم تكن الوصية في هذه الحال قربة، وكانت للتمليك، وهو مجهول لا يصح. كما لو أقر لمجهول. ويرى الحنابلة: أن كل وصية لجماعة تصح: سواء أكانوا محصورين، أم غير محصورين كالفقراء والقبيلة. وما ذهب إليه الحنفية غير صحيح، لأن الوصية للأغنياء قربة: فهي من باب الهدية. وقد ندب النبي ﷺ إليها. وإذا جمع بين أصناف الزكاة ينبغي أن يجعل لكل صنف منهم ثمن الموصى به، كما لو أوصى لثمان قبائل. وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن أحمد وهي: أنه لا يجوز الدفع إلى أقل من ثلاثة من كل صنف، ولا يجزئ الدفع لواحد وهو مذهب الشافعي(٢).

---

(١) راجع كشاف القناع جـ٢ ص ٥١٣، والمنتهى جـ٢ ص ٥٦١، والمحرر جـ١ ص ٣٨٢.
(٢) راجع المغنى جـ٦ ص ٤٧٣، ٥٥٧.

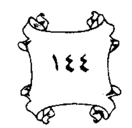
وأما الشافعية فظاهر ما ذكر في كتبهم: أن الوصية إذا كانت لغير معين كان الحكم فيها هو ما ذهب إليه الحنابلة. فإذا كانت لموصوف محصور كانت لمن تحقق فيه الوصف عند الوفاة؛ يدل على ذلك ما جاء في كتبهم من أنه إذا أوصى للعلماء أريد بهم من يتحقق فيهم هذا الوصف يوم الموت، لا يوم الوصية - وإذا أوصى بثلث ماله لله، أو لم يذكر مصرفا صحت؛ وصرفت للفقراء، وهم من يتحقق فيهم الوصف عند الإعطاء. وإذا أوصى للفقراء، أو للمساكين صحت - غير أنه يجب أن يعطي كل نوع ثلاثة على الأقل لمكان الجمع. كما ذكروا: أنه يصح الوصية للمعدوم إذا جعل تابعا للموجود، كما إذا أوصى لأولاد فلان الموجودين ومن سيحدث له من الأولاد - فإنه يدخل في الوصية ما يولد له قبل وفاة الموصي، ولو بعد وقت الإيصاء[(١)] وذلك قياسا على الوقف؛ لأن التبعية إذا كفت في الملك الناجز - وهو في الوقف - فأولى أن تكفي في المنتظر وهو في الوصية.

وقد نصت (المادة ٧) على صحة الوصية لأماكن العبادة والمؤسسات الخيرية، وغيرها من جهات البر، وكذلك الوصية للمؤسسات العملية، والمصالح العامة. وعندئذ تصرف على عمارتها، ومصالحها، وفقرائها، وغير ذلك من شئونها - ما لم يتعين مصرفها بعرف أو دلالة عبارة - كما تصح الوصية لله تعالى، ولأعمال البر بدون تعيين جهة معينة، وعندئذ تصرف الوصية في وجوه الخير، ومنها: بناء المساجد، وإعدادها للعبادة من سراج وفرش ونحوه، وكذلك بناء القناطر، والصرف على طلب العلم، والفقراء وغير ذلك من الأعمال النافعة التي ليس فيها تمليك معين.

هذا، وقد نص في الفقرة ٣ من (المادة ٦): على أن الموصى له إذا عرف بوصفه، ولم يكن معينا على الوجه الذي شرحناه فيما سبق - لم يشترط في صحة الوصية له وجوده عند الإيصاء، ولا عند موت الموصي.

---

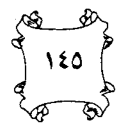
(١) راجع نهاية المحتاج جـ٦ ص ٤٢، ٤٣، ٦٥، ٧٦، ٨١ وحواشي التحفة ص ٦ -٧ و ٥٢ - ٥٣.



وذلك مع مراعاة (المادة/ ٢٠) التي تدل على وجوب قبول الوصية عند وجوده على الوضع الذي شرحناه عند كلامنا على القبول - ويستثنى من ذلك الوصية بالمرتبات لغير معين، إذ إنها لا تصح إلا بالنسبة للموجودين حين موت الموصي من الطبقتين الأوليين الموصى لهم - كما سيأتي بيان ذلك عند كلامنا على (المادة/ ٧٠) من هذا القانون.

وقد استمد القانون هذا الحكم من مذهب مالك: إذ إنه لا يشترط في الوصية إذا ما كانت لموصى له غير معين - إلا إمكان وجوده فقط. فإذا تحقق اليأس من وجوده بطلت. وعلى ذلك تصح الوصية لغير معين وإن لم يكن موجودا وقت الإيصاء: سواء أوجد عند موت الموصي أم لم يوجد.

ويرى الحنفية: أن الموصى له إذا كان معينا بالوصف تعيينا لا يدل على شخصه، وكان محصوراً - فالشرط وجوده عند وفاة الموصي. أما المعين تعيينا شخصيا بالاسم، أو بالإشارة، أو بالوصف - فالشرط وجوده وقت الوصية. ففي التتارخانية ما يفيد: أن الموصى له إذا كان معينا من أهل الاستحقاق يعتبر صحة الإيجاب وقت أوصى، ومتى كان غير معين يعتبر صحة الإيجاب وقت موت الموصي، فلو أوصى بالثلث لبني فلان، ولم يسمهم، ولم يشر إليهم في الموجودين وقت وفاة الموصي، وإن سماهم أو أشار إليهم فالوصية لمن سمى، أو أشار إليه، حتى ولو ماتوا قبل وفاة المعصى بطلت الوصية؛ لأن الموصى له معين فيعتبر صحة الإيجاب وقت الوصية. وفي الهندية عن الأصل: إذا أوصى بثلث ماله لبني فلان، وليس لفلان ابن يوم الوصية، ثم حدث له بنون بعد ذلك، ومات الموصي - كان الثلث للذين حدثوا من بنيه. هذا إذا كان أوصى لبني فلان وليس لفلان بنون يوم الوصية ولمن يوجد قبل وفاته: أما إذا كان لفلان بنون يوم الوصية ولم يسمهم بأسمائهم ولم يشر إليهم فالوصية لبنيه الموجودين يوم موت الموصي، حتى لو مات هؤلاء الموجودون بعد الوصية، وحدث له بنون بعد ذلك وبقوا أحياء إلى موت الموصي كان الثلث لهم، وإن سماهم، أو أشار إليهم - فالوصية لهم خاصة،



حتى لو ماتوا بطلت الوصية؛ إذ الموصى له في هذه الحال معين فتعتبر صحة الإيجاب يوم الوصية. ومثله في المحيط. وكذلك إذا أوصى بثلث ماله لفقراء أسرته اعتبر الفقير من أسرته وقت يموت، لا وقت الوصية.

وفي هلال: قال أوصيت بثلث مالي إلى ولد عبد الله كان الثلث لمن يكونون يوم يموت الموصي، ولا ينظر إلى من مات قبل ذلك، ولا إلى من ولد له بعد ذلك ص ٣٤ وإذا أوصى بثلث ماله لمواليه كان لمن كان له من الموالي يوم يموت، دون من يحدث بعد ذلك، ص ١١٨. وإذا قال أوصي بعد وفاتي صدقة على فقراء جيراني ثم هلك ولم يدر من جيرانه - فإن الغلة لا تقسم حتى يشهد شاهدان على المنزل الذي توفي فيه فيعطى جيران ذلك المنزل ص ٢٠٥.

أما إذا كان غير محصور - فقد قدمنا أنه يشترط في صحة الوصية في هذه الحال: أن يكون قد عرف بوصف ينبئ عن الحاجة حتى لا تكون الوصية للتمليك. بل تكون للتصدق والإنفاق. وإذا كانت للتصدق والإنفاق لم يشترط فيما يعطى منها - أن يكون موجودا وقت الإيصاء - كما لا يشترط كذلك أن يكون موجودا عند وفاة الموصي، بل تعطى الوصية لمن حضر القسمة ممن ينطبق عليهم وصف الموصى له، ولا يجب عند ذلك التسوية بينهم في الإعطاء، بل يجوز للقاسم أن يفاضل، وأن يعطي من يشاء منهم، ويمنع من يشاء؛ إذ لا ملك لأحد منهم، وإنما يملك منهم من يملك بالقبض. والوصية في هذه الحال إنما هي وصية بالتصدق والإنفاق. وعلى ذلك كان تنفيذها بإعطاء من رأى الموصي التصدق عليهم. وذلك إنما يكون بعد الوفاة؛ إذ تتم بها الوصية، وتلزم في هذه الحال بلا توقف على قبول من أحد، كما بينا ذلك فيما سبق عند كلامنا على القبول، وكان ذكر الموصى لهم كالفقراء ونحوهم لبيان مصرف الصدقة الموصى بها لا لإيجاب الحق لهم. وخلاصة القول: أن القانون قد اشترط في الموصى له:

١- أن يكون معلوما - والمراد بالعلم ما شرحناه.



٢- أن يكون موجودا عند الوصية إذا كان معينا - وهذان الشرطان محل اتفاق بين المذاهب - على ما بيناه - فإن لم يكن معينا لم يشترط فيه: أن يكون موجودا عند الوصية. ولا وقت موت الموصي. سواء أكان محصورا أم غير محصور. وذلك مستمد من مذهب مالك على ما بيناه.

وقد ذكرنا أن القانون قد استثنى من ذلك الوصية بالمرتبات لغير معين فإنها لا تصح إلا بالنسبة للموجودين حين موت الموصي (م/ ٧١).

أما أنه يشترط في الموصى له أن يكون من أهل الاستحقاق - فلم يتعرض لذلك، وتركها ليكون الحكم في ذلك على أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة. وكذلك الحال في الموصى له إذا كان غير محصور وكان معرفا بوصف لا ينبئ عن الحاجة - فقد تركه القانون ليحكمهما أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة.

هذه هي الشروط التي اشترطها القانون في الموصى له صراحة. وهناك شروط أخرى فيه تعرض لها بعض الفقهاء نذكرها فيما يلي:

أولا: ذكر الفقهاء أنه يشترط في الموصى له أن يكون عند الإيصاء أهلا للملك، أو أهلا للاستحقاق - على حسب اختلافهم في التعبير، وإن كان معنى العبارتين واحدا. واكتفى المالكية في ذلك. بأن يكون أهلا للملك.

ولو في ثاني الحال - يريدون بذلك عند وجوده، فلم يجعلوا هذا شرطا عند الإيصاء. وبنوا جميعا على هذا الشرط: أن الوصية لا تصح لحجر، ولا لميت لعدم توافر هذا الشرط في الموصى له، غير أن المالكية قالوا: إذا كان الموصي يعلم عند الإيصاء بالموت صحت الوصية إن مات مدينا، أو كان له ورثة - فيصرف الموصى به أولا في سداد دينه - فإن لم يكن مدينا، أو بقيت كان ذلك لورثته، فإن لم يكن مدينا ولا وارث له بطلت الوصية.

وبنوا ذلك على أن الموصي لا يريد بوصيته إلا ذلك - إذا كان يعلم بالموت؛ إذ لا تتصور الوصية لميت من عاقل، لأنه ليس أهلا لأن يملك، فكانت لذلك وصية بسداد دينه، أو وصية لوارثه - وعندما تكون وصية

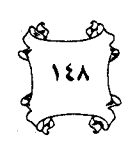


لوارثه يلزمهم أن يشترطوا لتملكه قبوله إياها على المشهور عندهم. وكذلك بنوا على ذلك عدم صحة الوصية لدابة فلان - إذا أريد تمليكها. أما إذا أوصى لها لينفق عليها منها صحت الوصية؛ لأنها حينئذ وصية لمالكها؛ إذ هي وصية بوضع ماله في نفقتها، ونفقتها على مالكها - وقد صرح بذلك الحنفية، والزيدية والشيعة، وعلى ذلك هل يشترط فيها قبول مالكها أو لا يشترط؟. ذهب الزيدية إلى أن في ذلك قولين: أصحهما أنه يشترط؛ إذ الوصية في الحقيقة له، وقيل لا يشترط - كالوصية للمسجد، ولكنه قياس مع الفارق. فقد لا يكون للمسجد من يقبل عنه بخلاف دابة فلان. وذكر الشيعة أن الوصية لا تصح للدابة إلا إذا تضمنت تصريحا بأنها لعلفها، ونحو ذلك. وعندئذ لا بد من قبول مالكها لأن الوصية له. وذكر الحنفية؛ أن في ذلك نظرين:

هذا إذا أوصى لدابة، لفلان. فذكر أن الوصية تصرف في علفها وما يلزمها. أما إذا أطلق ففي ذلك رأيان:

من الفقهاء: من ذهب إلى صحتها؛ إذ لا يراد إلا ذلك عند الإيصاء لها تصحيحا لتصرف العاقل ومنهم من ذهب إلى بطلانها لانصرافها إلى التمليك كما إذا نص فيها على ذلك.

وإذا صحت على أنها وصية لمالك الدابة فهل يلزم فيها قبوله؟ وهل يتعين علف الدابة مصرفا لها؟ - من الفقهاء من اشترط فيها القبول بناء على أن الوصية له، ومنهم من لم يشترط مراعاة لظاهر العبارة. كما أن من الفقهاء من ذهب إلى أن مصرف الوصية لا يتعدى علف الدابة وشئونها. ومنهم من ذهب إلى أن مالك الدابة يصرف الوصية حينئذ حيث شاء؛ لأنه المالك، والمالك لا يتقيد في مصرف ما يملك - وممن ذهب إلى القول الأول: بعض الشيعة الجعفرية، وبعض الحنفية. حتى إن أصحاب هذا القول: منهم من ذهب إلى بطلان الوصية - إذا ما نفقت الدابة قبل موت الموصي، أو باعها



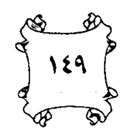
الموصى له. كما جاء في الهندية عن الظهيرية[1] وممن ذهب إلى القول الثاني بعض الشيعة أيضا، وبعض الحنفية.

ومما بنوه أيضا على هذا الشرط - عدم صحة الوصية لمسجد سيبنى، وحمل سيوجد - وإن بني المسجد قبل وفاة الموصي؛ لأنها وصية لمعدوم. والمعدوم لا يملك - خلافا لمالك؛ إذ أجاز هذه الوصية، كما جازت لمسجد قائم؛ بناء على أنه أهل للاستحقاق، وأجازها لحمل سيوجد، لأنه من أهل الاستحقاق إذا وجد. ومثل المسجد الرباط، والقنطرة، وما إلى ذلك من المصالح. وعند ذلك تصرف الوصية في مصالح ذلك، وصحت الوصية عند الجميع للمساجد والقناطر ونحوها على أن يكون مصرفها مصالحها. ولم تصح للمعدوم عند غير مالك، وصحت عنده؛ لأنه أهل الملك في ثاني الحال. وذلك عندما يوجد.

وهذه فروع الفقهاء: ولبيان موضع هذا الشرط ومدى تطبيقه يجب أن يلاحظ: أن الوصية إذا كانت بمال فقد تكون للتمليك كالإيصاء لفلان، وقد تكون للصدقة والإنفاق - كالوصية ببناء مسجد، أو بصرف مبلغ صدقة، وكالوصية في وجوه البر، ونحو ذلك. فإذا كانت وصية بصدقة أو بإنفاق - كانت في الواقع وصية بتصرف هو إخراج ماله من التركة، وإنفاقه فيما عينه الموصي من مصرف. وفي هذه الحال لا يشترط فيها أن يكون الموصى له أهلا لأن يملك، إذ إنها ليست للتمليك في هذه الحال. ومن هذا النوع ما نصت عليه (المادة ٧) من الوصية لأماكن العبادة، والمؤسسات الخيرية. وغيرها من جهات البر. والمؤسسات العلمية، والمصالح العامة - والوصية لله تعالى - دون ذكر مصرف معين، والوصية في وجوه البر. وبناء على ذلك أيضا صحت الوصية لهذه المؤسسات والمصالح والمنشئات - وإن لم تكن موجودة عند الإيصاء: كما نص على ذلك في المادة (٨) لأن الأساس فيها أنها وصية بإنفاق، وذلك لا يكون إلا بعد وفاة الموصي عند وجود مصرفها.

---

(١) الفتاوى الهندية جـ٦ ص ٩١.



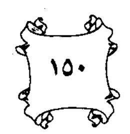
على أنه قد يلاحظ مع هذا: أن من هذه المؤسسات والمصالح، والمنشئات - ما يعده بعض الفقهاء أهلا لأن يملك كما ذكر ذلك - بالنسبة للمسجد كذلك ونحوه - بعض المالكية، والشافعية، وما يعده القانون أهلا لأن يملك باعتباره شخصا اعتباريا لا طبيعيا، والشخص الاعتباري - كما هو معلوم - أهل لأن يملك ويستحق قانونا. وعلى ذلك تكون صحة الوصية في هذه الحال من ناحيتين: ناحية أنها لشخص أهل لأن يملك. وناحية أنها وصية بإنفاق.

وبناء على هذه الملاحظة أيضا تصح الوصية لهذه المنشئات والمصالح - وإن أريد بها الملك؛ وذلك لا ينافي ما نصت عليه (المادة ٧) من صرفها على العمارة والمصالح، والفقراء وغير ذلك من الشئون.

وإذا كانت وصية بتمليك. كالوصية لفلان، ونحوه - اشترط فيه أن يكون أهلا لأن يملك؛ ولذا لم تصح لمعدوم. واكتفى المالكية - كما ذكرنا - أن تكون لمن يملك ولو في ثاني الحال؛ ولذا صحت الوصية عندهم للمعدوم. وقد أشرنا إلى ذلك، وأن الحكم فيه يكون على الأرجح من مذهب أبي حنيفة.

هذا ولم يتعرض قانون الوصية لهذا الشرط عند بيانه لما يشترط في الموصى له من الشروط - وليس يفهم من عدم تعرضه له في هذا الموضع. أن يكون الإيصاء لحجر من الأحجار، كالإيصاء للحجر الأسود، أو لجدار من جدر بيت المقدس، أو لميت من الأموات: كالوصية للإمام الحسين، أو كالوصية للسيد أحمد البدوي، وغيرهما - وصية صحيحة؛ وذلك لأن الوصية في شرع القانون عقد من العقود التي لا تفيد تمليكا في الجملة. فهي في القانون سبب من أسباب الملك. ولن يكون الملك لحجر أو لميت من الأموات، أو لجهة ليست أهلا للاستحقاق.

وعلى ذلك يكون الإيصاء في هذه الأحوال باطلا من أصله؛ بناء على القواعد العامة، وعلى ما تدل عليه (المواد من ٢٠ إلى ٢٥) من مواد هذا



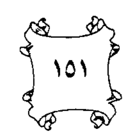
القانون لتضمنها في نصوصها ما يفيد: أن الموصى له يجب أن يكون من أهل الاستحقاق، وأن يكون كذلك أهلا للقبول متى أمكن ذلك، ولو بواسطة من يمثله وليس يتحقق ذلك في الوصايا للجماد والأموات.

ثانيا - ذكروا: ألا يكون الموصى له جهة هي معصية، وذلك بأن يوصي إنسان بإنفاق ماله في معصية من المعاصي: كأن يوصي بإنفاق مبلغ في النواح عليه، أو في إقامة قبة على قبره، أو في تزيين سقف مسجد بلدته بالذهب. أو نحو ذلك من الأعمال المحرمة أو المكروهة... إلخ.

وقد فصلنا القول في ذلك عند كلامنا على شروط الباعث على الوصية، وعلى ما تقترن به الوصية من شروط، وقد تعرض القانون لذلك في (المادة ٣) إذ جاء فيها: يشترط في صحة الوصية ألا تكون بمعصية. ولا شك أن الموصى له إذا كان جهة محرمة أو مكروهة كانت الوصية له عندئذ وصية بمعصية فتكون باطلة.

أما إذا كانت الوصية لجهة ليست كذلك، ولكنها اقترنت بشرط هو معصية: بأن كان تنفيذه يؤدي إلى ما نهى عنه الشارع أو كرهه - فإن الوصية تصح، والشرط يلغو، لأنه حينئذ يعد شرطا فاسدا - والشرط الفاسد في الوصية لا يؤثر فيها - إذا لم يجعلها متمحضة للمعصية ولكنه يلغو. وذلك كما إذا أوصى شخص لفلان بمبلغ من المال مشترطا عليه: ألا يزور والديه. فإن الوصية تصح ويلغو الشرط.

وقد اشترط القانون في (مادته / ٣) في الوصية تصدر من غير المسلم: ألا تكون محرمة في شريعته وفي الشريعة الإسلامية وذلك إذا ما كانت ممحضة لذلك كما بينا. وبناء على ذلك تصح وصية المسيحي مثلا. (١) إذا لم تكن محرمة، في الشريعتين، كالوصية بمال الفقراء النصارى. (٢) وكذلك إذا كانت قربة في شريعته، وهي محرمة في الشريعة الإسلامية - كالوصية ببناء كنيسة للعبادة فيها. (٣) وكذا إذا كانت محرمة في شريعته، وهي قربة في الشريعة الإسلامية - كالوصية ببناء مسجد ليصلى فيه، ويدرس فيه الدين



الإسلامي وأنه قد نسخ كل الأديان - أما إذا كانت محرمة في الشريعتين - فإنها تكون باطلة - كالوصية بصرف مال لإقامة حفلة نواح على قبره. ويلاحظ أن القانون قد آثر في هذه الفقرة التعبير بلفظ محرمة وهي لا تتناول المكروه ولم يعبر بلفظ معصية كما فعل في الفقرة الأولى. وقد يفهم من ذلك: أنه قصد به أن تكون وصية غير المسلم صحيحة إذا لم تكن محرمة في دينه، ولا في الشريعة الإسلامية، وإن كانت مكروهة في الشريعتين، أو كانت محرمة في دينه مكروهة في الشريعة الإسلامية، أو كانت مكروهة في دينه محرمة في الشريعة الإسلامية حتى لا يبطل من وصايا الذميين إلا ما كان محرما في الشريعتين. وفي ذلك سعة لهم، وإلا لو أراد بلفظ المحرم ما كان ممنوعا مطلقا، لعبر بلفظ معصية، كما عبر في الفقرة الأولى.

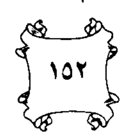
ذلك ما ذهب إليه القانون.

أما الفقهاء فالحنفية منهم يذهبون إلى أن وصايا الذمي ثلاثة أقسام:

(١) **قسم جائز بالاتفاق**: وهو ما كان الوصية فيه قربة عندهم وعندنا. كما إذا أوصى بمال يصرف في مصالح بيت المقدس.

(٢) **وقسم باطل بالاتفاق**: وهو ما إذا أوصى «بما ليس قربة عندهم ولا عندنا» - كما إذا أوصى للنائحات على قبره. أو أوصى بما ليس قربة عندهم وهو جائز عندنا - كما إذا أوصى لمصالح مسجد من مساجد المسلمين، إلا أن تكون الوصية في الصورتين سواء أكان واحدا أم متعددا. واشترط فيها مالا يعد قربة عندهم وعندنا أو ما لا يعد قربة عندهم وهو قربة عندنا - فإنها حينئذ تصح باتفاق، لبطلان الشرط حينئذ، ووجوب عدم تنفيذه وتمحضها لتمليك الموصى له.

(٣) **وقسم مختلف فيه بين الإمام وصاحبيه**: وهو ما إذا أوصى بما هو قربة عندهم، وليس بقربة عندنا - كما إذا أوصى ببناء كنيسة للعبادة - فتصح عند الإمام لتركهم وما يدينون، ولا تصح عند الصاحبين



لأنها وصية بمعصية في الواقع، وإن كانت قربة في عقيدتهم، فلا تصح حتى لا يكون ذلك تقريرا للمعصية في دار إسلام. وهذا مبني على ما ذهب إليه الصاحبان: من أنهم مخاطبون بفروع الشريعة.

ويستثنى من ذلك أيضا: أن تكون الوصية لمعين واحد أو متعدد بالتمليك، وقد اشترط فيها ما هو معصية عندنا وقربة عندهم - فإنها في هذه الحال تصح باتفاق بين الإمام وصاحبيه؛ بناء على ما قدمنا من بطلان الشرط وعدم تنفيذه، من ناحية أن المالك لا يفرض عليه أن يتصرف في ملكه على وضع خاص[1] فكان من الممكن تصحيح الوصية وإبطال جهة المعصية.

أما الشافعية فقد ذهبوا إلى وجوب مراعاة الأحكام الشرعية الإسلامية في وصايا الذميين، بناء على أنهم مخاطبون بفروعها، ولذا جاء في التحفة: أنه يشترط في صحة الوصية: ألا تكون بمعصية، ولا بمكروه لذاته، ولو كانت من كافر، وأنها إذا كانت بمعصية فلا تصح من مسلم ولا كافر - كعمارة كنيسة أو ترميمها، وأن الوصية بعمارة مسجد تصح ولو كانت من كافر.

وذهب الحنابلة: إلى أن الوصية بمعصية لا تصح من الذمي كإيصائه ببناء كنيسة، أو بالإنفاق عليها - وهذا الإطلاق يفيد أن مذهبهم كمذهب الشافعية.

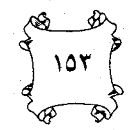
أما المالكية - فلم أر في كتبهم تعرضا لهذا الموضوع بتفصيل في باب الوصية يتبين به مذهبهم في ذلك. ولكنهم في كثير من المسائل يصرحون بأن الوقف كالوصية، ويذكرون في وقف الكافر على الكنيسة أقوالا ثلاثة:

(١) البطلان مطلقا لأنه وقف على معصية وهم مخاطبون بفروع الشريعة على ما هو المذهب.

(٢) الصحة مطلقا.

---

(١) راجع تبيين الحقائق للزيلعي جـ٢ ص ٢٠٥.



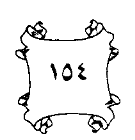
(٣) التفصيل: بين أن يكون على عبادها فيبطل، وأن يكون على مرمتها أو جرحاها، أو مرضاها، أو فقرائها فيصح - والظاهر من قولهم: أن الوقف كالوصية - أن هذه الأقوال الثلاثة تجري في الوصية للكنيسة.

وفي الشرح الكبير للدردير: أن وصية الكافر صحيحة إلا أن يوصي بنحو خمر، أوخنزير لمسلم. وعلق الدسوقي على ذلك بقوله: فإن أوصى بذلك لكافر صحت. ومقتضى ذلك أن نتركهم وما أوصوا به بعضهم لبعض وإن خالف ديننا، ولكن نبطل ما أوصوا به إلينا - إذا كان ذلك معصية عندنا.

وعلى الجملة - فالقانون قد استمد حكمه من مذهب أبي حنيفة - إلا في حال واحدة: وهي ما إذا كانت الوصية محرمة في شريعته، وقربة في الشريعة الإسلامية - فإنها تبطل عند أبي حنيفة، وتصح قانونا وذلك ما ذهب إليه الشافعية.

هذا، ومما ينبغي ملاحظته: أن الفقهاء حين يعبرون بلفظ قربة في هذا الموضوع لا يريدون بها وسيلة من وسائل العبادة المعروفة، وإنما يريدون بذلك ألا تكون الوصية بما هو ممنوع عند الذميين، أو بما هو ممنوع عند المسلمين. وإنما آثروا التعبير بلفظ قربة لما لاحظوه في الوصايا على العموم من معنى الصلة. وهذا المعنى يعد من القربات. وعلى ذلك فالوصايا بالمباح جائزة.

ثالثا - ألا يكون الموصى له قاتلا للموصي - ويتصور ذلك: بأن يجرح إنسان آخر جرحا يفضي إلى الموت، فيوصي المجروح لجارحه بعد جرحه، وقبل موته بهذا الجرح - وإلى اشتراط ذلك في الموصى له: ذهب الإمام أبو حنيفة ومحمد، وهو قول في مذهب أحمد - ذكره أبو بكر. وقول عند الشافعي، وخالف في ذلك مالك والشيعة الجعفرية فذهبوا إلى أن القتل لا يمنع الوصية في أية حالة من حالاته: سواء أكان بعد الجرح أم قبله. وهو



أظهر القولين عند الشافعي. وقول في مذهب أحمد. وفي قول آخر في مذهب أحمد ذكره الخطاب: أن الوصية إذا كانت بعد الجرح المفضي إلى الموت لم يمنعها القتل، وإذا كانت قبله بطلت به وإليه ذهب الزيدية. ويلزم أبا حنفية ومحمدا أن يقولا بجواز الوصية إذا كانت بعد الجرح لأنهما أجازا الوصية للقاتل - إذا أجازها الورثة. وإقدام المقتول على الوصية بعد الجرح ورضاه بذلك أولى بالاعتبار من إجازة ورثته(١).

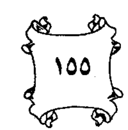
وبالرجوع إلى القانون نجد أنه قد تعرض لموضوع القتل في (المادة ١٧) ونصها: يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية، أو الوصية الواجبة، قتل الموصي أو المورث عمدا: سواء أكان القاتل فاعلا أصليا، أم شريكا، أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصي وتنفيذه. وذلك إذا كان القتل بلا حق ولا عذر إلخ. وإذا كان القتل مانعا من أن يستحق الموصى له ما أوصى به فسواء في ذلك: أن يكون الجرح الذي أفضى إلى موت الموصي قبل الإيصاء أم بعده؛ إذ المانع لا يشترط فيه أن يوجد بعد الممنوع، بل يصح أن يكون قبله - كما في الرق يمنع من الميراث، وإن كان موجودا قبل وفاة المورث.

وعلى هذا تكون عبارة المادة دالة: على أن القتل يمنع استحقاق الموصى له ما أوصى له به مطلقا: تأخرت الوصية عن الجناية أم تقدمتها. وبناء على ذلك فإن القانون يشترط في الموصى له ألا يكون قاتلا للموصي. وسنبين حقيقة القتل المانع من الاستحقاق بالإيصاء، وما يتصل بذلك من شروط عند كلامنا على مبطلات الوصية.

رابعا - اختلاف الموصى له مع الموصي دينا، أو دارا - لم يشترط الفقهاء في صحة الوصية اتحاد الموصي والموصى له في الدين. وبهذا أخذ قانون الوصية في (مادة ٩) إذ جاء فيها: تصح الوصية مع اختلاف الدين والملة.

---

(١) راجع البحر الزخار جـ٥ ص ٣١١، والمغنى جـ٦.



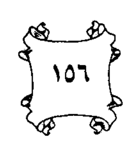
ولذا تجوز وصية المسلم لغير المسلم ووصية غير المسلم للمسلم، وتجوز وصية اليهودي للنصراني، والنصراني لليهودي وهكذا، ذلك لأن الوصية صلة، ولا يمنع منها اختلاف الدين. فأعمال البر تجوز بين أهل الأديان المختلفة.

ويلاحظ أن المادة قد جمعت بين كلمتي الدين والملة. والفرق بينهما. أن الدين أعم من الملة. فقد يكون في الدين أكثر من ملة: كالدين المسيحي فيه أكثر من ملة؛ إذ يعد منه ملة الكاثوليك، وملة الأرثوذكس، وملة البروتستانت. وكذلك الحال في الدين اليهودي فيه أكثر من ملة: كملة القرائين والربانيين. فأراد القانون أن يبين أن اختلاف أهل الدين باختلاف مللهم لا يمنع الوصية بينهم.

هذا - وقد اتفق الفقهاء من المذاهب الأربعة، على أن وصية المسلم للذمي صحيحة: وقد روي ذلك عن شريح، والشعبي، والثوري، وإسحق، وأصحاب الرأي. وبه قال محمد ابن الحنفية، وعطاء. إلا أن المالكية مع قولهم بصحتها: منهم من يرى أنها مكروهة - إذ لم يكن لها مقتض شرعي من قرابة، أو جوار، أو مكافأ على يد سبقت، أو ضرورة دعت إليها. والقول بكراهتها عندهم لا ينافي القول بصحتها. ولكن الدسوقي نقل عن التوضيح، أن ابن رشد يقول: إن الوصية للذمي التي لا سبب لها محظورة؛ إذ لا يوصي له من غير سبب إلا مريض الإيمان. وقوله هذا يدل : على أنه يراها في هذه الحال حراما، وأنها لذلك تكون باطلة.

ومن الشيعة من يمنعها من مسلم لذمي. أما وصية الذمي لذمي فتصح بلا خلاف. كما تصح وصيته لمسلم. وكما تصح وصية المسلم لذمي معين - تصح وصيته لغير المحصور منهم: كالوصية لفقراء النصارى؛ أو لأهل الذمة الفقراء. وقد صرح بذلك في حاشية الشلبي على الزيلعي «من كتب الحنفية» وفي التحفة من كتب الشافعية.

أما الحنابلة: فيظهر أن لهم في ذلك قولين: ففي كشاف القناع، ومنتهى الإرادات: أن الوصية لا تصح لغير المعين من أهل الكتاب كالوصية لليهود



والنصارى، أو لفقرائهم، ونحو ذلك - كالوقف عليهم. ونقل في نيل المآرب عن التنقيح أن الحارثي قطع بذلك.

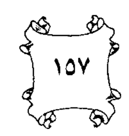
وجاء في المغني والفروع: أن الوصية لأهل الذمة صحيحة، وأنه لو أوصى لأهل قرية - وكلهم كفار - صحت الوصية، وأعطوا. والوصية في هذه الحال وصية لغير معين - غير أنه في الموضعين لم يشر إلى أن في المسألة خلافا.

هذا - ويجب أن يلاحظ: أن وصية المسلم للذمي يجب أن تكون بما يصح أن يملكه، وألا تكون بمعصية؛ لأن ذلك شرط في الوصية على وجه العموم. وعلى ذلك لو أوصى لهم ببناء كنيسة لم تصح وصيته. وقدمنا أن الوصية من ذمي لذمي صحيحة. ويشترط في صحتها عند الزيدية: ألا تكون بمعصية. فإذا أوصى ببناء كنيسة في خطط المسلمين كانت باطلة.

وكذلك ذهب الحنفية: إلى أن وصية المستأمن لمسلم، أو لذمي، أو لمستأمن صحيحة. والمستأمن ما دام في دار الإسلام - فهو كالذمي في المعاملات. ولذا تصح منه عقود التمليكات. وكما تصح تبرعاته حال حياته تصح كذلك بعد وفاته.

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف: أن وصية المسلم والذمي للمستأمن لا تجوز؛ لأنه وإن كان في دارنا يعد في داره حكما، ولا يخرج بذلك عن كونه حربيا؛ إذ يمكنه أن يعود إلى دار الحرب في أي وقت. فصارت الوصية له كالإرث فلا تصح، كما لا تصح للحربي. وهذا ما نص عليه في الأصل، والجامع الصغير.

وفي شرح السرخسي على السير الكبير ما قد يستفاد منه عدم جوازها للحربي مطلقا. والقول الأول أظهر - كما في الهداية، والزيلعي من باب الوصية للذمي؛ لأن وجوده في دار الإسلام - يجعله كالذمي، من ناحية صيانة ماله.



وجملة القول: أنه لا خلاف في جواز وصية المستأمن للمسلم، وللذمي وللمستأمن. وإنما الخلاف في وصية المسلم، أو الذمي للمستأمن. والأظهر صحتها. أما الوصية للحربي فغير صحيحة مادام في دار الحرب.

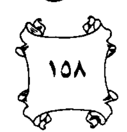
وقال الشافعية: إن الوصية تصح للذمي، والمعاهد، والمستأمن وإن كان الموصي كافرا حربيا. وذلك يتناول المستأمن لأنه في الواقع حربي.

والمالكية يرون: أن وصية الكافر مطلقا للمسلم صحيحة - إلا إذا أوصى إليه بخمر أو خنزير. ولكن لو أوصى بذلك إلى كافر صحت - ويقول الخطاب: إن ظاهر عبارة مختصر خليل - أن وصية الكافر للمسلم جائزة بكل شيء يملكه الكافر إلا وصية بنحو خمر أو خنزير، وأن وصيته للكافر مطلقا صحيحة، وقال المواق: إن وصية المسلم للكافر صحيحة. والكافر يتناول المستأمن.

وفي كشاف القناع، ومنتهى الإرادات من كتب الحنابلة: أن الوصية تصح من المسلم، والكافر - لكل من يصح تمليكه من مسلم، أو كافر معين، والكافر يشمل المستأمن. وقد ذكرنا أنهم استثنوا من ذلك الوصية إذا كانت لكفار غير معينين فإنهم لا يجوزونها، لما يظهر فيها من إرادة معونتهم. وذلك يعد معصية.

هذا - وقد ذهب الزيدية؛ والشيعة الجعفرية: إلى عدم صحة الوصية للحربي - ولو كان مستأمنا - ويرى المؤيد من الزيدية: صحتها للحربي - إذا كان معينا؛ لأنه أهل لأن يملك. وقد تكون له يد تدعو إليها. أما الوصية للمرتد فباطلة عند الشيعة الجعفرية، والحنفية، والمالكية: وللحنابلة فيها قولان. وتصح له عند الشافعية.

وإطلاق القانون في شروط الموصى له - يقتضي صحة الوصية له. وكان مشروعه ينص على صحتها، وعلى عدم صحة الوصية له إن مات على ردته. ولكن رؤي حذف هذا النص: إذ كان هناك اتجاه إلى بحث موضوع المرتدين على العموم، ووضعه في تشريع خاص، ولكن إذا رؤي: أن الوصية



له وصية بمعصية، أو أن الباعث عليها يعد مخالفا لمقاصد الشارع - كانت باطلة من هذه الناحية؛ بناء على (المادة ٣).

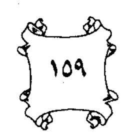
وعدم صحة الوصية للمرتد ذهب إليه الحنفية، كما نص على ذلك في الهندية. وهو مذهب الشيعة الجعفرية. والمشهور من مذهب أحمد. ولكن رؤي: أن الوصية تكون صحيحة أخذا بمذهب الشافعية - إذا لم يكن الباعث عليها منافيا لمقاصد الشارع: بأن كانت جزاء على معروف سابق، أو يد منه لدى الموصي. أو كانت لغرض من الأغراض المباحة شرعا. مع أنه يلاحظ: أن المرتد يصح أن يتملك حال ردته عند الصاحبين بأي عقد من عقود التمليك، والوصية له لم تخرج عن أنها عقد من العقود. فصح أن يتملك بها، كما صح أن يتملك بالهبة.

والمفهوم أن مراعاة ذلك إنما يكون عند وفاة الموصي؛ لأنها وقت الاستحقاق. أما إذا كان مرتدا عند الإيصاء ثم تاب، وعاد إلى الإسلام في حياة الموصي واستمر على ذلك إلى وفاته - فلا تعد الوصية في هذه الحال وصية لمرتد، بل وصية لمسلم.

هذا، والمستأمن هو كل من أقام في دار الإسلام إقامة مؤقتة، ولم يكن مسلما وكان من أهل دار ليست دار إسلام.

أما المسلم الذي هو من دار ليست بدار الإسلام، أو من دار إسلام تحت حكومة غير إسلامية - فلابد مستأمنا؛ لأنه من المسلمين، والولاية الإسلامية تربطهم - ومن هذا يرى: أن اختلاف دار الموصي مع دار الموصى له لا يمنع صحة الوصية.

وقد تبين مما سبق: صحة وصية المسلم للمستأمن، وصحة وصية المستأمن للمسلم - مع اختلافهما دارا. غير أنه رؤي: أن الموصى له إذا كان غير مسلم فقد يكون من دار لا تجيز شريعتها الوصية للأجنبي مطلقا، أو في بعض الأحوال. وإذن فلا يكون من المصلحة أن يؤخذ بجواز الوصية له من غير قيد ولا شرط. وكان من مقتضى المصلحة العامة أن نأخذ بمبدأ المعاملة

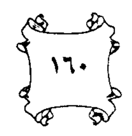


بالمثل الذي أخذ به في المواريث. وأن نقيد الوصية الصادرة من رعايانا لأجنبي غير مسلم من بلد آخر - بأن تكون شريعته تجيز مثل هذه الوصايا لرعايانا. وعندئذ يكون الحكم في حال عدم صحة الوصية جاريا على ما روي عن أبي حنيفة، وأبي يوسف: من عدم صحة وصية المسلم للحربي وإن كان مستأمنا. وبذلك صدر القانون فنص في (المادة ٩) على ذلك.

هذا - والمراد بالبلد الإسلامي: ما كان تحت حكم دولة إسلامية، أم كان تحت حكم دولة غير إسلامية، ولكن شعائر الإسلام كلها أو أكثرها تقام فيه؛ ذلك لأن الأقطار الإسلامية تعد كلها دارا واحدة - مهما تناءت وتباعدت واختلفت تبعيتها، وليس بين ساكنيها اختلاف في الدار. كما نص على ذلك الفقهاء، وصرحت به المذكرة الإيضاحية للقانون.

وخلاصة ما تدل عليه المادة: أن الموصي والموصى له - إذا كانا مسلمين صحت وصية أحدهما للآخر، ولو كان أحدهما من رعايا دولة، والآخر من رعايا دولة أخرى: مسلمة، أو غير مسلمة. ذلك لأن الإسلام يربط بينهما. وبه يصيران من ولاية واحدة. وإن كان أحدهما مسلما، والآخر غير مسلم - وهو ذمي من رعايا دولة إسلامية - فكذلك الحكم لاتحاد الدارين بسبب اتحاد الولاية. وأما إذا كان الموصي من رعايا الجمهورية العربية المتحدة، والموصى له غير مسلم، وهو من رعايا دولة أخرى غير إسلامية - فإن كانت قوانينها تمنع الوصية لرعايا الجمهورية العربية المتحدة - كانت الوصية له غير صحيحة.

وإن كانت لا تمنع الوصية له - كانت الوصية له صحيحة: سواء أكان الموصى مسلما أم غير مسلم تحقيقا للمعاملة بالمثل. ولم ينص القانون على الوقت الذي يجب أن يراعى فيه ذلك. أهو وقت إنشاء الوصية، أم وقت موت الموصي؟ والذي نستظهره: أنه الوقت الذي يظهر فيه أثر الوصية، وهو وقت موت الموصي؛ ذلك لأن الوصية ضرب من الخلافة فكان المعتبر هو وقت ظهور هذه الخلافة وتحققها. أما وقت الإيصاء فلا يظهر فيه أثرها، ولا خلافة فيه.



وهذا المبدأ هو المعتبر في الميراث عند النظر في اختلاف الدار بين المورث والوارث. وإنما روعي ذلك لأن الغرض أيضا من هذا التشريع هو المعاملة بالمثل. وعسى أن يغير الحال عند الوفاة عنها حال الإيصاء، فوجب انتظار آخر الوقتين؛ لأن الحال فيه يستقر - وهو حال الوفاة - حتى تتحقق المعاملة بالمثل.

خامسا: وراثة الموصى له للموصي: لم يشترط القانون في الموصى له ألا يكون وارثا للموصي. فلم يجعل ذلك شرطا لصحة الوصية، ولا لنفاذها. وهذا رأي ذهب إليه بعض الفقهاء. وللفقهاء في ذلك ثلاثة مذاهب:

أحدها: أنه يشترط لصحة الوصية: ألا يكون الموصى له وارثا للموصي. وعلى ذلك تكون الوصية للوارث على هذا الرأي - باطلة، كالوصية بالزائد على الثلث في رأيهم. لصدورها مخالفة للنص في الحالين. وهذه رواية عن الشافعي تمسك بها بعض الشافعية كالمزني، وذهب إلى هذا الرأي أيضا جمهور المالكية، وكذلك بعض الحنابلة، أخذا من ظاهر قول أحمد في رواية حنبل «لا وصية لوارث»؛ إذ النفي في مثل هذا ينصرف إلى الحقيقة. وهو أيضا مذهب أهل الظاهر، وبعض الزيدية: كالمؤيد، وأبي عبد الله الداعي. وهو قول زيد بن علي.

وعلى هذا: إذا أوصى شخص لأحد ورثته كانت وصيته باطلة. فإذا أجازها ورثته فماذا يكون الحكم؟

افترق أصحاب هذا الرأي فريقين:

فرقة ترى أن الإجازة تنفيذ لما أراده الموصي. وما أراده باطل لا يقبل نفاذا ولا تصحيحا؛ فتبطل لذلك الإجازة ولا يترتب عليها أثر. وممن ذهب إلى ذلك من المالكية: عبد الملك بن الماجشون، وعبد الحكم، وهو رأي أهل الظاهر.

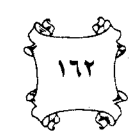
وفرقة ترى في الإجازة: أنها تمليك مبتدأ من جانب الورثة. وهو رأي فريق من الشافعية، وجمهور المالكية، ومذهب المدونة. فإن صدرت حال



حياة الموصي فهي تمليك في مال الغير فلا يترتب عليها أثر. وإن صدرت بعد وفاة الموصي كانت في أموالهم. فيلاحظ فيها ما يجب في الهبة من أركان وشروط. وإذن فلا بد من قبول الموصى له بعد الإجازة لما أعطيه من الورثة بإجازتهم، ولا بد من أن يقبضه ويجوزه، ولا بد من أن يكون ذلك قبل وجود المانع من الحيازة والقبض عند المالكية: وهو مرض المجيز مرضا مخوفا، أو موته، أو إحاطة دين بملكه، وعلى هذا القول لا نقبل من محجور بماله عليه للدين. ويصح أن يرجع عنها قبل القبض عند غير المالكية منهم، وذلك فيما يلزم لتمامه القبض.

ثانيها: أن ذلك ليس شرطا لصحتها، وإنما هو شرط لنفاذها. فالوصية للوارث صحيحة في ذاتها، ولكنها تكون موقوفة على إجازة سائر الورثة. فإن أجازوها نفذت، وإن لم يجيزوها بطلت. وإن أجازها بعضهم دون بعض نفذت في حصة من أجاز منها وبطلت في حصة من لم يجز. وإلى هذا ذهب الحنفية، وجمهور الشافعية، والحنابلة، والزيدية، وهو رأي الإباضية، وبعض المالكية. وهم يرون جميعا: أن الإجازة من الوارث تنفيذ لما أراده الموصي، وباشر سببه، وتنازل عن حقهم المانع من نفاذ الوصية. ولأصحاب هذا المذهب فيه ثلاثة آراء:

رأي يقضي: بأن هذه الإجازة لا تصح، ولا يترتب عليها أثر - إلا إذا صدرت بعد وفاة الموصي. وعندئذ فقط يترتب عليها أثرها، وهو نفاذ الوصية، وفي هذه الحال تلزم ولا يصح الرجوع عنها؛ لأنها إسقاط لحق. والساقط لا يعود. وبناء على ذلك: إذا أجازوا حال حياة الموصي لم يعتد بإجازتهم، ووجب أن يجيزوا الوصية مرة أخرى بعد الوفاة إذا أرادوا نفاذها، وإلا بطلت. وإلى هذا ذهب الحنفية، والشافعية، والحنابلة. وهو قول شريح، وطاوس، والنخعي، والشعبي، والثوري، وكثير غيرهم. وإليه ذهب بعض الزيدية.



ورأي يقضي بصحة الإجازة مطلقا إذا صدرت من الوارث: سواء أصدرت حال حياة الموصي في مرضه، أم في صحته، أم صدرت بعد وفاته. كما يرون: أن إذن الورثة بالوصية للوارث قبل صدورها له حكم إجازتها. فإذا أذنوا مورثهم بالوصية للوارث، أو أذنوه بالوصية بالزائد على الثلث - فأوصى بناء على إذنهم صحت وصيته، ولم يحتج نفاذها إلى إجازتها بعد ذلك. وإلى هذا ذهب: عطاء، والحسن، والزهري، وربيعة الرأي، وحماد ابن أبي سليمان، وعبد الملك بن يعلى، وابن أبي ليلى، والأوزاعي. وهو القول المعتمد عند الزيدية، والإباضية. وهو أيضا المعتمد عند الشيعة الجعفرية بالنسبة للوصية بما زاد على الثلث.

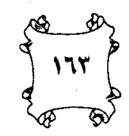
ورأي ثالث يقضي بالاعتداد بالإجازة بعد الوفاة. أما إذا صدرت حال حياة الموصي، أو أذن بها فلا يعتد بها إلا إذا توافرت أربعة شروط:

الأول: أن تصدر الإجازة، أو الإذن في مرض الموصي مرضا مخوفا يغلب فيه الموت.

الثاني: أن يموت من ذلك المرض.

الثالث: ألا يكون له عذر في الإجازة، أو الإذن بالوصية كخوفة من أن يقطع الموصي إنفاقه عليه - إذا خالفه فلم يستجب له. ورفض الإذن بالوصية أو إجازتها، أو خوفه من سلطانه، أو خوفه من مطالبته بدين عليه، أو نحو ذلك.

الرابع: أن يجيز المجيز، أو يأذن - وهو على علم بأن له حق رد هذه الوصية، وإجازتها، فإن كان يجهل ذلك وقد أجاز أو أذن على أساس أن الأمر نافذ عليه: رضي به أم لم يرض، ثم تبين أن له حق ردها كان له أن يرجع عن إجازته. ولا يقبل منه إذا ادعى ذلك - إلا إذا حلف أنه لم يكن يعلم أن له حق الرد والإجازة. فإن حلف كان له أن يرد الوصية بعد إجازتها، وإلا لم يكن له ذلك. وإلى هذا ذهب: مالك، والليث بن سعد.

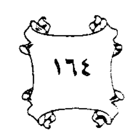


ووجه الرأي الأول: أن إجازة الوارث حال حياة الموصي لا تصادف محلها، ولا وقتها؛ إذ ليس له حق في مال الموصي ما دام حيا، والتنازل عن الحق قبل وجوده باطل. فلذلك لم تصادف إجازته محلها، وكذلك لم تصادف وقتها؛ إذ ليس للوصية أثر حال حياة الموصي، وقد يرجع الموصي عنها قبل وفاته، أو يهلك الموصى به، أو يتوفى الموصى له قبل وفاة الموصي - فكانت الإجازة، أو الإذن في هذه الحال قبل الأوان.

وقد يرد على هذا الدليل: أنه يقوم على عدم وجود حق للوارث في مال الموصي حال حياته، وهو منقوض بأن حق الوارث يتعلق بمال مورثه إذا مرض مرض الموت منذ ابتدأ ذلك المرض. وبناء عليه كان يجب أن يعتد بالإجازة إذا ما صدرت حال المرض، وذلك ما ذهب إليه مالك، والليث. وأخذ به كثير من الشيعة الجعفرية، إذ لا تعدو الإجازة أن تكون في هذه الحال إسقاطا لحق الوارث القائم المتعلق بمال الموصى، وهو يقبل الإسقاط. وبذلك يزول المانع من نفاذ الوصية. وإذا قيل: إن تعلق حق الوارث بمال الموصى في هذه الحال غير محقق لعدم الجزم بأن المرض مرض موت؛ إذ لا يعرف ذلك إلا بوفاته فعلا - إذا قيل ذلك - كان الجواب: أن الموصى إذا توفي في هذا المرض تبين أن الإذن، أو الإجازة قد صدرت في الوقت المناسب، وهو وقت تعلق الحق؛ فوجب أن يتبين بالموت صحتها.

وقد أجاب عن ذلك الزيدية بما ملخصه: إن الإذن، أو الإجازة ليسا في الواقع إلا تنازلا عن الملك الذي يثبت للوارث بوفاة المورث الموصي، وليس لهذا الملك وجود حال حياته عند مرضه. فكان التنازل لذلك تنازلا عن حق غير موجود.

وفي رأيي: أن هذا غير صحيح. لأن الإجازة أو الإذن حال المرض ليسا تنازلا عن ملك ثابت. وإنما يعدان تنازلا عن حق المعارضة في نفاذ الوصية. وهذا الحق ثابت للورثة بالنص، بسبب تعلق حقهم بمال مورثهم الموصي. ولو



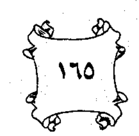
كان ذلك تنازلا عن ملك ثابت لهم ما يصح أيضا بعد الوفاة؛ إذ التنازل عن الملك عند الحنفية غير صحيح.

ووجه الرأي الثاني: أن الشارع قد منع الوصية للوارث، والوصية بالزائد على الثلث لحق الورثة. فأثبت الشارع لهم بهذا حق المعارضة فيهما. فصح أن يتنازلوا عنه. وكان تنازلهم عنه كتنازل الدائن عن دينه قبل حلول أجل وفائه. وسيان أن يكون تنازل الوارث حال حياة الموصي، أو بعد وفاته ما دام قد تبين مما ذكرنا، أن هذا التنازل لم يكن إلا بعد ثبوت الحق - وإلى هذا يرى - أن الإجازة ضرب من الالتزام قد صدر من أهله. فوجب اعتباره: سواء صدر حال الحياة. أم بعد الوفاة. وذلك لقوله تعالى: ﴿...وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ ...(٣٤)﴾ [الإسراء].

وجه الرأي الثالث: ويرى مالك والليث بن سعد الاعتداد بالإجازة، أو بالإذن إذا صدرا حال مرض الموصي مرض الموت، وعدم الاعتداد بذلك إذا صدر حال صحته كما قدمنا، حتى يكون كلاهما قد صدر في وقت تعلق فيه حق الوارث بمال الموصي.

ومن الواضح أنه يشترط في المجيز: أن يكون من أهل التبرع عند من يرى أن الإجازة هبة مبتدأة.

وكذلك يشترط هذا الشرط أيضا من يرى: أنها تنفيذ لإرادة الموصي، وإسقاط لحق المجيز في معارضته؛ إذ إن ذلك يعد ضربا من التبرع، كالإعتاق، والإبراء من الدين - فوجب أن يراعى فيه ما يراعى في التبرعات، ذلك لأنه يعد في الواقع تنازلا من الوارث عن حقه في تملك ما زاد على الثلث من التركة - إذا ما كانت الوصية بما زاد عليه، وعن حقه في تملك ما أوصى به للوارث إذا كانت الوصية لوارث، إذ لولا هذه الوصية لكان ميراث الوارث المجيز أكثر مما ورث، وعليه إذا بلغت زيادة الوصية على ثلث تركة الموصي مقدارا من المال لا يسعه ثلث تركة المجيز، وكانت إجازته في مرض



موته - توقفت إجازته في الزائد على ثلث تركته على إجازة ورثته - كما تتوقف على إجازتهم أيضا في هذا الحال إذا كان الموصى له من ورثة المريض المجيز فلا بد عندئذ من أن يوافقوا على إجازته الوصية له. وكما تتوقف أيضا إجازته في هذه الحال على إجازة الغرماء إذا كان الدين محيطا بتركته. ولا يصح إذا كان غير بالغ، أو غير عاقل، أو محجورا عليه لسفه، أو غفلة، أو دين، إذ إنه في هذه الحال لا يملك أن يتبرع، فكذلك لا يملك أن يجيز، وعلى هذا لا يصح تعليقها ولا إضافتها كالتمليك.

وقد خالف الزيدية جمهور أصحاب هذا الرأي فذهبوا: إلى جواز الإجازة من المحجور عليه. وإلى جوازها مع جهل المجيز بمقدار ما أجازه، وإلى نفاذها من رأس مال المجيز ولو كان عند الإجازة مريضا. ذكر ذلك في شرح الإبانة. ونسبه إلى عامة أهل البيت(١). وعلى هذا تتوقف إجازته على إجازة ورثته في أية حال. وذلك لأنهم لا يرونها إلا تنفيذا لإرادة الموصي وليس يترتب عليها انتقاص مال المجيز، فعسى ألا يملك؛ لأن الإجازة عندهم تكون حال الحياة كما تكون بعد الوفاة.

وكذلك لا بد أن يكون المجيز على علم بقدر ما أجاز عند الحنفية، والشافعية، والحنابلة، وبهذا كله أخذ قانون الوصية في (م ٣٧) إذ جاء فيها: أن الإجازة لا تعتبر إلا إذا كانت بعد وفاة الموصي، وكان المجيز من أهل التبرع. عالما بقدر ما يجيز، أما المالكية فقد علمت أن الرأي المعتمد عندهم أن الإجازة تمليك مبتدأ. وعلى ذلك تعطى أحكام الهبة. ومن أحكام الهبة أنها تصح بالمجهول عندهم. وعلى ذلك تكون إجازة الوصية مع جهالة المجيز بمقدار ما أجاز ملزمة للمجيز - غير أنه قد نقل عنهم الخلاف في هبة المجهول. كما هو رأي الزيدية، وعلى هذا يكون الخلاف ثابتا أيضا في الإجازة عند الجهالة بمقدار ما أجيز.

---

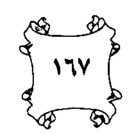
(١) راجع البحر جـ٥ ص ٣٠٨ والمنتزع جـ٤ ص ٤٧٧.

وهنا يتساءل عما ينسب إليه الثلث عند الإجازة: أهو ثلث ما يتركه المجيز من مال فقط، أم ثلث ما يتركه من مال مضافا إليه مقدار ما يجيزه المجيز - فلو أن ما توقف على إجازة الوارث يقدر بألف جنيه، وما تركه المجيز من مال له يقدر بألفي جنيه. فهل إذا أجاز في مرض موته اعتبرت تركته ثلاثة آلاف جنيه وهي جملة أمواله، وما احتاج إلى إجازته من الوصية فتنفذ إجازته بلا توقف على إجازة ورثته، أم تعتبر تركته ألفين فقط فلا تنفذ إلا في ثلثيها وتتوقف في الباقي؟ الظاهر لي: أن تركته تعتبر ثلاثة آلاف جنيه؛ إذ له أن يتصرف في ثلث ماله على أن يكون ثلثاه لورثته. وذلك لأنه إذا جعل ما أوصى به الموصي مما امتنع عليه الإيصاء به إلا بإجازة ورثته مالا تعلق به حقهم حتى لا تنفذ الوصية فيه إلا بإجازتهم - فإن ذلك المال يتعلق به أيضا حق ورثتهم إذا مرضوا مرض الموت ويعد كأنه من تركتهم - فلابد من مراعاة ذلك عند إجازة ورثتهم ويكون اعتبار الثلث مراعى فيه المجموع.

ثالثها - أن ذلك ليس شرطا في الوصية لا لصحتها، ولا لنفاذها. وبناء على ذلك تكون الوصية للوارث وللأجنبي في الحكم سواء.

وإلى هذا ذهب فريق من الزيدية. منهم الهادي، والناصر، وأبو طالب، وأبو العباس. وهو مذهب الشيعة الجعفرية.

ففي الجزء الثاني من رياض المسائل في فقه الشيعة: وتصح الوصية للوارث كما تصح للأجنبي - وإن لم تجزها الورثة بإجماعنا المستفيض - كما في الانتصار والقنية، ونهج الحق. وغير ذلك من الكتب. وذلك لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ ... (١٨٠)﴾ [البقرة] الآية. ونسخها لم يثبت. والنصوص الواردة بخلافها قاصرة أسانيدها ولا تكافئ ما جاء بجوازها. وإلى جوازها أيضا ذهب أبو مسلم الأصفهاني، وبعض السلف وبه أخذ قانون الوصية. إذ جاء في (مادة ٣٧): تصح الوصية بالثلث للوارث، وغيره، وتنفذ من غير إجازة الورثة. وتصح بما



زاد على الثلث، ولا تنفذ في الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي، وكانوا من أهل التبرع، عالمين بما يجيزونه.

وعلى ذلك تكون الوصية للأجنبي، والوصية للوارث في الحكم سواء، تنفذ في الثلث من غير توقف على إجازة أحد من الورثة، وتتوقف في الزيادة عليه على إجازة الورثة. فإن أجازوها نفذت، وإن رفضوها بطلت، وإن أجازها بعضهم، دون بعض، نفذت في حق المجيز، وبطلت في حصة من لم يجز.

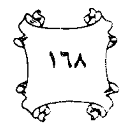
وإنما تعتبر الإجازة عند الجمهور بالنسبة لما زاد على الثلث، إذا صدرت بعد وفاة الموصي ممن هو أهل للتبرع، عالما بمقدار ما أجاز، على ما بينا سابقا في إجازة الوصية للوارث عندهم، مع مراعاة ما في ذلك من خلاف للزيدية أشرنا إليه فيما مضى.

وعلى ذلك إذا صدرت الإجازة حال حياة الموصي لم يكن لها اعتبار عند الجمهور ووجب لنفاذ الوصية بالزيادة على الثلث إجازتها مرة أخرى بعد الوفاة. وخالف في ذلك الزيدية، فذهبوا إلى الاعتداد بها حال الحياة، وبعد الوفاة، وأنها إذا صدرت في الحالين كانت ملزمة عند فريق منهم كما سيأتي بيانه. وقد ذهب إلى ذلك أيضا من ذكرناهم فيما سبق.

أما الشيعة الجعفرية، فلهم في الإجازة حال حياة الموصي قولان: أحدهما أنها صحيحة كالإجازة بعد الوفاة، ملزمة لا رجوع فيها - وثانيهما: أنها لا تعتبر كرأي جمهور الفقهاء - واختار القول الأول - الشيخ. واختار القول الثاني ابن إدريس والمفيد[1] وقد ذكرنا فيما مضى أوجه كل من الرأيين. كما ذكرنا مذهب مالك والليث في ذلك. وأنهما إنما يعتدان بالإجازة حال حياة الموصي، إذا توافرت فيها الشروط السابق بيانها.

---

(١) راجع تحرير الأحكام جـ١ ص ٣٠٨.



وجملة القول: أن ما جاء في إجازة وصية الوارث من آراء وشروط وخلاف - يجري في إجازة الوصية بالزيادة على الثلث دون مخالفة بينهما.

ما تستند إليه الآراء الثلاثة المتقدمة:

احتج الجمهور لما ذهبوا إليه: من أن عدم وراثة الموصى له شرط في نفاذ الوصية مما رواه عمرو بن خارجة قال: خطب رسول الله ﷺ على ناقة.. أي يوم الحج الأكبر - كما في بعض الروايات.. وأنا تحت جرانها وهي تقصع بجرتها وأن لغامها يسيل بين كتفي، فسمعته يقول: «إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث»(١).

وروى ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تجوز وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة»(٢).

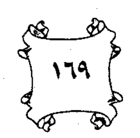
وروى عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة»(٣).

وقد روى الحديثين الأخيرين الدارقطني: وقد تضافر العلماء على نقل ذلك - حتى قال الشافعي في الأم: وجدنا أهل الفتيا ومن حفظنا عنهم من أهل العلم بالمغازي من قريش وغيرهم - لا يختلفون في أن النبي ﷺ قال عام الفتح: «لا وصية لوارث» ويأثرونه عمن حفظوه فيه ممن لقوه من أهل العلم فكان نقل كافة عن كافة.

ولم يسلم له بذلك كثير من العلماء؛ بل لاحظوا على هذه الروايات أنها لم تستوف شروط الشيخين، فلم يرو أحدهما حديثا منهما - ولكن الجمهور يرون: أن مجموع هذه الأحاديث وما صاحبها من تلقي الأمة لها

---

(١) رواه الترمذي (٢١٢١)، والنسائي (٦٤٦٨)، وابن ماجه (٢٧١٣)، وأحمد (٢٢٣٤٨).
(٢) أخرجه الدارقطني (٤١٩٢)، والبيهقي (١٢٣١٥).
(٣) أخرجه الدارقطني (٤١٩٦)، والبيهقي (١٢٣٢٠).



بالقبول يدل - بعد حمل المطلق منها على المقيد الذي قيد بالاستثناء - على أن الوصية للوارث جائزة صحيحة، متوقفة على إجازة الورثة - كما هو صريح رواية ابن عباس ورواية عمرو بن شعيب. وليس في وصفها بالجواز مع الموقف مخالفة لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ (١٨٠) فَمَن بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ (١٨١)﴾ [البقرة]. وذلك على أساس أنها تدل على فرضية الوصية للوارث حين فرضها للوالدين والأقربين، ومنهم ورثة وغير ورثة، ذلك لأن هذه الآية منسوخة وبنسخها زال ما تدل عليه من فرضية.

وقد اختلفت الآراء في ناسخها، كما اختلف في المنسوخ منها. فعن ابن عباس رضى الله عنه: أن هذه الآية نسخت بقوله تعالى: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا (٧)﴾ [النساء]. وبما نزل بعدها من آيات المواريث التي بينت لكل وارث من حق في التركة وهي قول الله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ ....(١١)﴾ [النساء]. إلى آخر آيات المواريث.

ويرى الحنفية: أنها نسخت بما رويناه من الآثار المتقدمة؛ لأنها آثار مستفيضة مشهورة تلقاها الفقهاء بالقبول، وبمثلها ينسخ القرآن؛ لأنها في حيز ما يوجب العلم.

وقال بعضهم: نسخت بالإجماع. وقال الشافعي: من المحتمل أن تكون آية المواريث ناسخة لآية الوصية، ومن المحتمل أن تكون الوصية ثابتة معها غير منسوخة بها. فلما روي عن رسول الله ﷺ ما روي مما رويناه، استدللنا بذلك على أن آية المواريث ناسخة لآية الوصية للوالدين والأقربين.

والمنسوخ على هذه الآراء: الوصية للوالدين والأقربين: سواء منهم الوارث وغير الوارث.

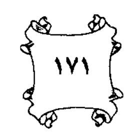
وذلك قول المفسرين، والفقهاء. وقيل: إنما نسخ منها الإيصاء لمن يرث مع بقائها بالنسبة لمن لا يرث. وذلك مذهب ابن عباس، والحسن البصري، ومسروق، وطاوس، والضحاك، ومسلم بن يسار، والعلاء. وقبل: إنها منسوخة فيما دلت عليه الآية: من أن الوصية لهم مكتوبة على كل من ترك خيرا.

وقال أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي: إن الناسخ لآية الوصية قوله تعالى: في سياق آية المواريث: ﴿...مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ...(١١)﴾ [النساء]. إذ أجاز هذا النص الوصية مطلقة ولم يقصرها على الوالدين والأقربين.

وذلك يدل على نسخ فرضيتها لهم؛ لأن إجازتها بهذا الإطلاق يقتضي جواز تركها لهم مع الوصية لغيرهم، وجعل ما بقي بعد هذه الوصية ميراثا للورثة. وليس يتم ذلك مع بقائها مكتوبة للوالدين والأقربين؛ لأن الوصية لغيرهم حينئذ تكون معصية فلا تنفذ في التركة - فكان هذا النص ناسخا للفرضية التي دلت عليها الآية. ولا يقال من المحتمل أن يكون المراد بالوصية المطلقة في الآية - الوصية المتقدمة في الذكر، وهي الوصية المفروضة للوالدين والأقربين، إذ يمنع من ذلك الإتيان بلفظ الوصية نكرة. ولو أريد ذلك لجيء به معرفة حتى يكون راجعا إلى المعهود سابقا.

واحتج من ذهب إلى أن الوصية للوارث باطلة لفقدانها شرط صحتها وهو: ألا يكون الموصى له وارثا للموصي بروايتي عمرو بن خارجة، وأبي أمامة اللتين ذكرناهما. فقد نص فيهما صراحة على نفي الوصية للوارث. والنفي إنما يتوجه إلى الذات، أو إلى ما هو أقرب للذات - وهو الصحة شرعا - فصار المعنى ليست الوصية للوارث وصية شرعا. وإذن لا يترتب عليها أي أثر شرعا.

ولا يصح أن يتوجه النفي في الحديثين المذكورين إلى نفي الكمال، لأن ذلك من باب المجاز، ولا يصار إليه مع إمكان إرادة الحقيقة، أو لأن نفي



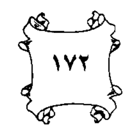
الكمال غير متبادر، ولا يصار إليه مع إمكان إرادة المعنى المتبادر - وهو نفي الصحة.

وبناء على ذلك تكون الوصية للوارث باطلة لا تصححها إجازة. ويؤيد ذلك: أن الرسول صلوات الله وسلامه عليه بنى هذا النفي على أن الوارث قد أخذ حقه كله من مال مورثه فتكون الوصية له حينئذ وصية بإعطائه ما ليس حقا له. فلا تجوز. ولا يعارض ذلك روايتا ابن عباس وعمرو بن شعيب - لأن في سندها مقالا، وما ضعف سنده لا يقوى على معارضة ما قوي سنده.

واحتج من قال بجوازها للوارث وأن عدم وراثة الموصى له ليس شرطا في الوصية لا لصحتها ولا لنفاذها، وأنها لذلك تنفذ في حدود الثلث، كجوازها للأجنبي - بآية الوصية؛ بناء على أنها غير منسوخة، إذ لا تعارض بينها وبين آيات المواريث، إذ لا يمتنع أن يستحق المرء بالوصية وبالوراثة في وقت واحد من مال واحد فيجمع له بين الوصية والميراث. وإذا انتفى التعارض بين الآيتين انتفى القول بالنسخ - على أنه لم يثبت بدليل مقنع: أن آية المواريث قد نزلت بعد آية الوصية حتى تكون ناسخة لها. والقول بأنها نسخت بالسنة مردود، إذ لا يجوز نسخ الكتاب القطعي بدليل ظني - وهو سنة الآحاد. والإجماع لا ينسخ الكتاب لأنه لا يكون إلا عند مستند. فإذا عارض الكتاب كان المعارض له، والناسخ هو المستند. وليس من المعقول أن ينسى مستند عارض الكتاب فنسخه. وإذا ظهر أن آية الوصية ثابتة الحكم غير منسوخة كانت دليلا على صحة الوصية للوارث، لأنها جعلت الوصية للوالدين والأقربين صحيحة على أقل تقديره ومنهم الوارث وغير الوارث. ولا يعارض هذا القول بأن ما نسخ منها هو الفرضية، لأن نسخ الفرضية على صحته لا يرفع الجواز.

مناقشة الأدلة السابقة:

بنى الجمهور رأيهم: على أن آية الوصية منسوخة - غير أنهم لم يظفروا في ذلك برأي سليم. فليس في الكتاب ما يعارضها حتى يجعل ناسخا لها،

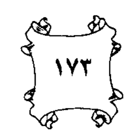


ولا تصلح السنة، ولا القياس، ولا الإجماع ناسخا للكتاب، فبقيت الآية دالة على حكمها، وبقي حكمها قائماً. وإلى هذا ذهب بعض الفقهاء كما سيأتي في الكلام على وجوب الوصية.

على أنه لو سلم بوجود المعارضة بين آية الوصية، وما روي من الآثار، وأن الكتاب يجوز أن ينسخ بمثلها - لم ينهض ذلك دليلا لمذهبهم، ذلك لأن قوله عليه الصلاة والسلام: «إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث»: يدل على أن الوصية للوارث إنما منعت فيما هو حق للورثة قد أعطاهم الله إياه وهو الثلثان؛ فلا تجوز الوصية لوارث فيهما، أما الثلث فهو حق المورث أعطاه الله إياه ليتصرف فيه كيف شاء ويضعه حيث أراد. وإذا جاز أن يوصي به لأجنبي عنه، فأولى بالجواز أن يوصي به لوارث أحسَنَ إليه، ووجد من معروفه ومعونته وأياديه ما حمله على البر به، والإحسان إليه بطريق الوصية، وبخاصة إذا لوحظ ما ورد في البر بالأقارب من الآثار: سواء منهم الوارث وغير الوارث. وإذا كانت وصية الإنسان لأجنبي عنه صدقة. وقد أجازها الشارع ليتدارك بها الإنسان ما فاته - فأولى أن تجوز وصيته لوارثه وهي عندئذ صدقة وصلة، وهو إلى هذا أحوج؛ لأنه أعظم مثوبة، وأوفى في تحقيق رضاه، وما قصد إليه من بر بأهله.

وعلى هذا يكون معنى ما روي من الآثار: لا وصية لوارث في الثلثين. وهذا ما يناسب قوله بعد، إلا أن يجيز الورثة، لأن حقهم فيهما، لا في الثلث. وإنما نص على منع الوصية للوارث فيهما مع أنها ممنوعة فيهما للوارث وغيره؛ لأن النص على منعها للوارث يقتضي منعها للأجنبي بطريق أولى.

وصلة القريب بطريق الوراثة - لا تمنع صلته بطريق آخر معه كالوصية؛ ألا ترى أنه يصح له أن يهب له ما يشاء في حياته، وبدليل أنه لو أوصى لقريب غير وارث بقدر ما كان يستحقه ميراثا لو لم يوجد من يحجبه - لم



يمنعه ذلك أن يوصي له مرة أخرى بمقدار آخر من أمواله، مع أن في ذلك زيادة على ما كان ميراثا له إذا كان مجموع الوصيتين لا يزيد على الثلث.

بناء على ما ذكر تكون الوصية بأكثر مما يستحق ميراثا غير ممنوعة، فلا تمنع كذلك وصية تجتمع مع الميراث. على أن سياق الآية لا يتفق مع القول بنسخها؛ فإن الله تعالى إذا شرع للناس حكما، وعلم أنه حكم مؤقت سينسخه بعد زمن قريب - لم يؤكده، ولم يوثقه بمثل ما أكد به حكم الوصية للوالدين والأقربين فقد أكده بقوله: ﴿... حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ (١٨٠)﴾ [البقرة]. وبوعيد لمن بدله؛ إذ قال: ﴿فَمَن بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ (١٨١)﴾ [البقرة].

هذا إلى أن تشريع الوصية إنما شرع لمصالح الناس، وقد تدعو إلى الإيصاء لوارث يراه المورث أحوج من سائر الورثة، أو يراه عاجزا عن الكسب، أو مريضا في حاجة إلى العلاج الطويل، ولا يكفيه ميراثه، على حين يرى الآخرين في غنى عن ميراثهم، أو يرى من ورثته من هو أهل لبره وصلته بسبب ما أولى إليه من معروف ومعونة، وما شاهده فيه من ود وإخلاص، وما أنفق عليه من ماله، وما واساه به في محنه وشدائده، إلى غير ذلك من الأسباب التي لا حصر لها؛ فيدعوه ذلك إلى تمييزه عن غيره من الورثة بمال مما جعل الله له التصرف فيه ولو بإعطائه لأعدى أعدائه.

وجملة القول: أن الآية فيما يظهر آية محكمة، غير منسوخة. وما عورض به هذا من أن الرسول صلوات الله عليه قد توفي دون أن يوصي وكذلك كثير من الصحابة مردود. فقد روي خلاف ذلك، وأنه ﷺ كانت له وصايا قبل موته. وليس في عمل غيره دليل يحتج به. وسنعرض لهذا عند كلامنا على الوصية الواجبة. أما ما ذهب إليه القائلون بأن الوصية لوارث باطلة - فيرده آية الوصية. وكفى بها دليلا. كما يرده ما روينا عن ابن عباس، وعمرو بن شعيب، لأنهما يبنيان المراد من رواية عمرو بن خارجة.

وأبي أمامة. وأن المراد بهما: لا وصية لوارث نافذة عند عدم إجازة الورثة. والحديث يفسر بعضه بعضا، وبخاصة إذا كانت الروايات عن حادثة واحدة.

ومما ذكر يتبين: أن أرجح الآراء دليلا - هو الرأي القاضي بجواز الوصية للوارث في حدود الثلث - وبه أخذ قانون الوصية - إذ لم يسلم دليل يدل على عدم نفاذ الوصية للوارث في حدود الثلث، على الرغم من كثرة من أخذ بذلك من فقهاء السلف والخلف.

والوصية لكل وارث من الورثة بقدر ما يستحقه ميراثا - لغو من القول؛ لأن ذلك مستحق لكل وارث على أية حال.

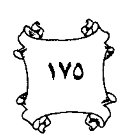
أما الوصية لكل وارث منهم بجزء من التركة يتساوى مع ما يستحقه بالميراث فيه. فقد ذكر فيها ابن قدامة في مغنية[1]: أن في المسألة رأيين:

أحدهما: صحة الوصية؛ لأن حق الوارث في المال وحظه فيه لا في الصورة وشكل المال. بدليل نفاذ بيع المريض سلعة من سلعه لبعض ورثته، أو لأجنبي إذا كان ذلك بالقيمة بدون محاباة ولو تناول ذلك كل ماله. ولو كان حق الورثة في الصورة ثابتا لتوقف هذا البيع على إجازة الورثة.

وثانيهما: توقف الوصية في هذه الحال على الإجازة، لأن في الأعيان ذاتها غرضا صحيحا، وتختلف الأغراض باختلاف الأعيان. وكما لا يجوز إبطال حق الورثة في مقدار حقه من المالية - لا يجوز إبطال حقه في حصوله على ذات ما يخصه من التركة.

وإذا لاحظنا أن مسألة بيع المريض من وارثه بمثل القيمة محل خلاف بين الإمام، وصاحبيه من ناحية توقف نفاذه على إجازة باقي الورثة - إذ ذهب الصاحبان: إلى نفاذه، دون توقف على إجازتهم. وذهب الإمام إلى أنه يتوقف على إجازتهم - كانت هذه الوصية على هذا الخلاف بينهم: تنفذ من غير إجازة عند الصاحبين، وتتوقف على الإجازة عند الإمام. وقد اختار

(١) المغني جـ٦ ص ٤٢١.



القانون القول بنفاذها دون توقف على الإجازة. كما جاء في (المادة / ٣) ونصها: تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصي، بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه. وتكون لازمة بوفاة الموصي: فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم على استحقاقه في التركة - كانت الزيادة وصية.

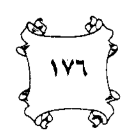
وعلى القول بمنع الوصية للوارث - فإن العبرة بثبوت وراثته عند وفاة الموصي، بحيث يكون له في تركته حظ بطريق الفرض، أو بطريق التعصيب. ولا نظر في ذلك إلى وقت الإيصاء: فسيان أن يكون في ذلك وارثا، أو غير وارث.

وبناء على ذلك إذا أوصى لأجنبية: ثم تزوجها بعد ذلك ومات عنها - فالوصية لها حينئذ وصية لوارثه. وإذا أوصى لزوجته، ثم طلقها بعد ذلك فانقضت عدتها، ثم مات عنها - فالوصية لها حينئذ وصية لأجنبية تنفذ من الثلث. ولو أوصى لأخيه - ولا ابن له - ثم ولد له ابن، ثم مات - فالوصية له نافذة في حدود الثلث، لأنها وصية لأجنبي - ولو أوصى له - وله ابن - ثم توفي ابنه، ثم مات عنه فالوصية حينئذ وصية لوارث. وهكذا لا يعلم في ذلك خلاف بين أصحاب هذا الرأي.

ولو أوصى لأقرب عاصب إليه، وله ورثة من أصحاب الفروض استنفدت فروضهم جميع تركته، حتى لم يبق لهذا العاصب الموصى له شيء من التركة بطريق الميراث - اعتبرت الوصية له وصية لأجنبي، ونفذت في حدود الثلث؛ لأنه لم يستحق من تركة الموصي شيئا. ومن فقهاء الإباضية من يرى الاعتداد بثبوت وراثة الموصى له للموصي وقت الوصية أو وقت الوفاة. فثبوتها في أحد الوقتين يجعل الوصية وصية لوارث[1].

---

(١) شرح النيل جـ٦ ص ٢٥٠.



شروط الموصى به:

ذكر القانون شروط الموصى به وما يتصل بها في المواد (١٠، ١١، ١٢، ١٣) فذكر في المادة (١٠) أنه يشترط في الموصى به ثلاثة شروط:

١- أن يكون مما يجري فيه الإرث، أو يصح أن يكون محلا للتعاقد حال حياة الموصي.

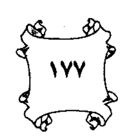
٢- أن يكون متقوما عند الموصي إن كان مالا.

٣- أن يكون موجودا عند الوصية في ملك الموصي إن كان معينا بالذات.

عن الشرط الأول: يشترط في الموصى به أحد أمرين: أن يكون مما ينتقل بالإرث إلى الوارث عند وفاة المورث، أو أن يكون صالحا لأن يكون محلا للتعاقد حال حياة الموصي.

ويتحقق الأمر الأول - بأن يكون الموصى به مالا مملوكا، سواء أكان عقارا، أم منقولا، أو بأن يكون حقا من الحقوق المالية التي تقبل الانتقال بالإرث.

وذلك يتناول الديون الثابتة في ذمة المدينين، فإنها تنتقل بوفاة الدائن إلى وارثه: سواء أعدت أموالا، أم حقا من الحقوق المالية. ويتناول كذلك حقوق الارتفاق: وهي حق المرور، وحق الشرب، وحق التعلي، وحق الجوار، وحق المسيل، لأنها كلها حقوق مالية تنتقل بالإرث. فيصح كل هؤلاء أن يكون أيضا محلا للإيصاء فيوصى به. وعلى ذلك صحت الوصية بالعقار، وصحت بالمنقول: سواد أكان تحت يد الموصي أم تحت يد نائبه عن يده كيد المستأجر، والوديع، والمستعير، أم يد متعدية كيد الغاصب. وصحت بالدين: سواء أكانت للمدين به، أو لشخص آخر غير المدين. وصحت بالبناء والغراس ولو كان في أرض الغير. وكذلك تصح بما يخص الغازي من الغنائم بعد إحرازها في دار الإسلام وإن كان ذلك قبل قسمتها، أو بعد قسمتها في دار الحرب،



أو بعد بيع الإمـام لها - عند الحنفـية. وذهب مالك: إلـى أن من توفي بعد القتال، ولو قبل إحراز الغنيمة - كان سهمه لورثته.

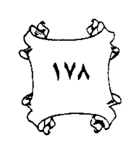
وعند الشافعي: إنما يورث سـهمه، إذا توفي بعد انقضـاء القتال - وإن كان قـبل الإحراز. وكذلك تصح الوصـية بما يخص المسـتحق في الوقف من غلاته إذا توفي بعد ظهورها، كما تصح بحق الحكر عند بعض الفقهاء لقولهم بوراثته، كما تصح بحق الخلو.

وجملة القول: أن الفقهاء قد اختلفوا فيما ينتقل بالميراث إلى الورثة من الحقـوق. فيرى بعضـهم أن منها ما ينتـقل بالوراثة، على حين يرى الآخرون أنها لا تنتقل.

ومرد خلافهم هذا - إلى خلافهم في اعتبارها حقوقا مالية يعتاض عنها بالمال، أو حقوقا لها تعلق واضح بالمال - دون أن يكون لصاحـبها خصوصية فيها. وإنما تثبت لها لما فيها من معنى المالية، أو ليست كذلك.

وعلى هذا إذا كان مراد الشارع بما يجري فيه الإرث - هو ما يجري فيه الإرث بحسب الشـريعة - وقـد عملنا أنهم يختلـفون في ذلك - فإن العـبرة تكون بما ذهب إليـه الحنفيـة على أرجح الأقـوال عندهم، وذلك بناء على أن موضوع صـحة الوصية، وعـدم صحتها من مـسائل الأحوال الشخـصية التي يحكمها أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيـفة، طبقا للمادة ٢٨٠ من القانون ٧٨ لسنة ١٩٣٠ - ولكن قد يقال: إن صحة الوصية بالنسبة إلى الموصى به، وعدم صحـتها - قد ناطه القـانون بجريان الإرث فيه، وعـدم جريانه. وهذه مسألة مالية محضة لا تعد من مسـائل الأحوال الشخصية التي يرجع فيها إلى أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة.

وعندئذ يرى أن قانون الوصيـة لم يتعرض لبيان مـا ينتقل بالإرث ومالا ينتقل، إذ لم يوضع لهـذا الغرض. والمفهوم أن هذا القـانون - وهو يعد من القوانـين التي تنظم أحوال المال - أنه مـتمم للقـانون المدني، وأنه لذلك ترك بيان مـا ينتقـل بالإرث وما لا ينتـقل به إلى القانون المدني. فكل حق ينـتقل



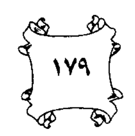
بالإرث إلى الوارث بمقتضاه - يصح أن يوصي به. وأن يجب الرجوع إليه في ذلك. غير أنه يرى أن من الحقوق التي تورث بناء على ما ذهب إليه القانون المدني حقوقا يلاحظ أنها لازمة لمحالها لا تنفك عنها وأنها إنما تنتقل بالميراث إلى الورثة معها وتبعا لها، فلا تزايل محالها إلا بالتنازل عنها: وذلك كحق الشفعة، وحق الخيار بسبب العيب، أو بسبب فوات وصف مشترط - ومثل هذه الحقوق لا يتصور الإقدام على الإيصاء بها إلى غير من تنتقل إليه بالوراثة تبعا لانتقال محالها إليه، لما يترتب على الإيصاء بها مستقلة - إلى غيره من نتائج تتنافى مع المنطق، بل ومع المبادئ القانونية.

إذ ماذا يثبت للموصى له بحق الشفعة إذا لم يكن له تلك العين المشفوع بها؟ أيثبت له حق تملك المشفوع فيه لنفسه بناء على ذلك. وحينئذ يكون الإيصاء بهذا الحق مستقلا في معنى الإيصاء بالمشفوع فيه، وذلك قبل أن يتملك الموصي. والإيصاء به في هذه الحال غير نافذ، ولا يترتب عليه أثر، فلا يكون ما في معناه أقوى أثرا منه. أم يثبت له حق طلب المشفوع فيه لمن ورث المشفوع به، ولا ضرورة لذلك، إذ الأولى بهذا الطلب من ملك المشفوع به فملك حق الشفعة به. ثم قد لا يكون له رغبة في الشفعة. وهكذا يقال في أمثال هذا الحق.

ولذا فإني أرى أن مراد الشارع بما يجري فيه الميراث هو ما يجري فيه الميراث استقلالا بحسب ذاته لا تبعا لمحله، وذلك لأنه مال، أو يؤول إلى مال يتملكه الموصى له به بطريق الوصية.

غير أنه بالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للقانون- يلاحظ أن بيانها لذلك يدل: على أن مراد الشارع بذلك ما يجري فيه التوارث بحسب الشريعة، كما أن مراده بما يكون محلا للتعاقد حال حياة الموصي - ما يكون محلا لذلك في نظر الشريعة.

فقد جاء في المذكرة: أن هذه المادة مأخوذة في جملتها من مذهب الحنفية، وأنه لو أوصى بما تلده أفراسه اقتصرت الوصية على الموجود منها

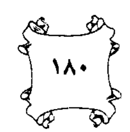


حين الموت. وإن كان مالا اشترط فيه: أن يكون متقوما عند الموصي كالوصية بالخمر، فتصح من المسيحي دون المسلم. كما جاء بها: أن المادة تشمل الوصية بمنفعة العين المستأجرة، والوصية بالأجرة؛ بناء على مذهب الشافعية؛ لعدم انفساخ عقد الإجارة بموت أحد المتعاقدين عندهم. وإذا كان الأمر كذلك فإلى أي مذهب يرجع إليه في ذلك؟ وقد أشارت المذكرة إلى مذهب الشافعية بالنسبة لمنفعة العين المستأجرة وأجرتها.

ذلك ما يلاحظ. ولست أطمئن إلى هذا الرأي لما شرحناه فيما سبق. وأرى الأولى في تفسير المادة هو ما ذهبنا إليه سابقا. وما دام أن المذكرة الإيضاحية لم تصدر من السلطة التشريعية فلا تكون إلا مجرد رأي غير ملزم.

أما الأمر الثاني: فهو أن يكون الموصى به مما يصح أن يكون محلا للتعاقد حال حياة الموصى. إذا لم يكن مما يورث. وإذا لاحظنا أن الأموال جميعها مما يورث، وكذلك كثير من الحقوق المالية التي يعتاض عنها بالمال - فهمنا أن الأمر الثاني إنما يكون فيما عدا ذلك من الحقوق التي لا تورث، ولكنها صالحة لأن تكون محلا لتعاقد الموصي نفسه والتزامه. وذلك كالمنفعة - فإنها لا تورث، ولكنها تصلح لأن تكون محلا لتعاقد الموصي حال حياته - فيملكها بعقد الإجازة، وبعقد الإعارة، وبالوقف. وكذلك حق تأجيل الدين. فالدين نفسه وإن انتقل إلى الوارث بأجله - يرى أن تأجيله ليس من الحقوق التي تورث، ولكنه يصلح لأن يكون محلا لالتزام الدائن وعقده؛ فيؤجل للمدين الدين، ويلزمه الأجل في الجملة. وكذلك الإقراض ليس مالا وإن كان متعلقا بالمال، ولكنه يصلح لأن يكون محلا لتعاقد الموصي في حياته، فيقرض من يشاء. وهكذا - كل ما كان محلا لتعاقد الموصي في حياته، وصلح لذلك - كان صالحا لأن يوصي به الموصي؛ كالإبراء من الدين، والإبراء من الكفالة.

فتصح الوصية بالبراءة من الدين، والوصية بالبراءة من الكفالة، وكالوصية بالوقف، والوصية بالبيع، والوصية بعمارة مسجد، أو ببناء

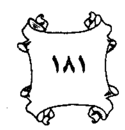


مـدرسة. فكل ذلك يجـوز أن يكون مـوصى به؛ لأنه يصح أن يكون محـلا لتعاقد الموصي حال حياته.

وقد يلاحظ على هذا الشرط؛ أن الوصية بقسمة التركة على وضع معين جائزة - في حين أن القـسمة نـفسهـا ليست مالا، ولا حـقا يورث، ولا مما يصح أن يكون محلا لتـعاقد المرصي نفسه حال حيـاته: إذ لا يقاسم الإنسان نفـسه في مـاله - وقـد تكون هذه الملاحظة مما دعت المشـرع إلى النص على جواز الوصية بالقسمة ليكون ذلك في معنى الاستثناء من الشرط.

وقد يقال إن قـسمة المال في الواقع بين الورثة تتـضمن تمليك كل وارث حظا معينا محددا من التركة فتكون وصية بتمليك مال في الجملة، وتحقق فيها بناء علـى ذلك الأمـر الأول - وهـو أن يكون الموصى به ممـا يورث، ولكن الشارع نص على جوازها لما قد يكون فيها في بعض أحوالها من إعطاء وارث زيادة على الثلث، ولو من حـيث الصـورة؛ ليفـيـد أن ذلك ليس مانعـا من نفاذها، وأنها تنفذ دون توقف على إجازة الورثة.

وقد استمد القانون هذا الشرط من مذهب الحنفية. فقد جاء في البدائع جـ٧ ص ٣٥٢ أنه يشترط في الموصى به: أن يكون مالا أو متعلقا بالمال، لأن الوصـية إيجـاب الملك، أو إيجـاب مـا يتعـلق بالمال: من البـيع، والهبـة، والصدقة، والإعتاق. ومحل الملك هو المال - فلا تصح الوصية بالميتة والدم، لأنهما ليسا بمال - وعبارة القـانون تخالف عبارة البدائع من ناحية الأسلوب، ولكنهمـا ينتهـيان إلى معنـى واحد. فالموصي به إذا كـان مالا كان ممـا ينتقل بالميراث. وإذا كان أمـرا متعلقا بالمال فإن منه مـا يصح أن يكون موصي به - كما ذكـرنا - ومنه ما لا يصلح أن يكون موصي به كالوصيـة بأن ينتفع ورثته بتركتـه على وضع معين؛ إذ إن ذلك يتنافى مع ملكيتهم للتركـة. ولهذا كان عدول القـانون عن عبارة البدائع إلى عـبارة بعض الحنفية من أنه يشـترط في الموصى به: أن يكون مما يجري فـيه الإرث، أو يدخل تحت عقد من الـعقود في حال الحيـاة. وهي عبارة جاءت في البدائع في مـواضع أخرى - عدولا مستحسـنا - غير أننا نلاحظ خفاء في عبارة القانون كـان الأولى تحاشيه، بأن

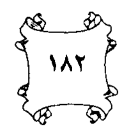


ينص فيها على أن يكون الموصى به صالحا لأن يكون محلا لتعاقد الموصي وتمليكه. إذ إن ذلك هو الغرض، والعبارة لا تفصح عنه. ولا يفوتك - كما ذكرنا في الأمر الأول - أن مراد الشارع بذلك هو ما يجري فيه التعاقد طبقا للقانون المدني؛ إذ إن ذلك من المسائل المالية المحضة، التي يحكمها ذلك القانون.

عن الشرط الثاني:

اشترط القانون في الموصى به: أن يكون متقوما عند الموصي إن كان مالا - والمراد أن يكون متقوما في شريعة الموصي إذا كان مالا، ذلك لأن وصف التقوم إنما يتصور في الأموال، لا في غيرها. والمراد بالمتقوم ما كان له قيمة تجب عند الاعتداء عليه. وذلك لا يكون إلا في الأموال المملوكة - ذلك لأن الأموال المملوكة منها المتقوم الذي يضمن عند الاعتداء عليه، ومنها ما ليس متقوما فلا يضمن عند الاعتداء عليه. فالخمر مال وهو غير متقوم في شريعة الإسلام، وإن كان قابلا لأن يملكه المسلم في بعض الحالات: كما إذا أسلم ذمي عن خمر ثم توفي عن ورثة مسلمين فإنها تصير مملوكة لورثته بالوراثة وإن وجب عليهم إراقتها والتخلي عنها، ولكنها متقومة في شريعة الذميين. وبناء على هذا الشرط لا يصح لمسلم أن يوصي بخمر ولو لذمي، ووصيته بالخمر باطلة، لأنها بمال غير متقوم. ويصح لذمي أن يوصي بالخمر ولكن لذمي؛ إذ لا يجوز لمسلم أن يتملك الخمر عن قصد.

هذا، والمراد بالمال في هذا الشرط ما يعد مالا في نظر القانون المدني - وهو كل ما له قيمة مالية - ذلك لأنه القانون الذي وضع لبيان الأموال وتنظيم التصرف فيها - وليس المراد به ما يعد عند الحنفية مالا، لأن هذه المسألة لا تعد من مسائل الأحوال الشخصية بل هي مسألة مالية مدنية محضة. ولا شك أن المال عند الحنفية أخص منه عند القانون المدني. فكل مال عند الحنفية مال في نظر القانون المدني. وليس كل ما يعد مالا في نظر القانون يعد مالا عند الحنفية.



وبما أن المنافع تعد في عرف القانون من الأموال فإنه يجب لصحة الوصية بها أن تكون متقومة في شريعة الموصي بناء على هذا الشرط، وذلك بأن يصح الاعتياض عنها بالمال. فإذا لم تكن متقومة لم تصح الوصية بها. وعلى ذلك تصح الوصية بسكنى دار لأنها منفعة متقومة يعتاض عنها بالمال في عقد الإجارة عند ما تستأجر الدار للسكنى. ولا تصح الوصية بالاستظلال بجدار داره؛ لأن الاستظلال بجدار الدار منفعة غير متقومة، إذ لا يستأجر الجدار لذلك.

وسترى أن من الفقهاء من يذهب إلى عدم صحة الوصية بالمنافع مطلقا، ذلك لأنها تابعة للأعيان، وبموت الموصي تصير الأعيان ملكا لورثته، وتتبعها في ذلك منافعها، فلا تنفذ فيها عندئذ إرادة غير مالكها ولا تصرفه

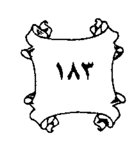
وكذلك الحكم في الحقوق المالية يصح الإيصاء بها متى كانت متقومة.

وبناء على هذا الشرط لا تصح الوصية بما ليس متقوما من الأموال كالمال المباح قبل تملكه بالاستيلاء عليه ولا بما أخرجه القانون من الأموال من نطاق التعامل لعدم تقومه.

عن الشرط الثالث:

اشترط القانون في الموصى به أن يكون موجودا عند الوصية في ملك الموصي إن كان معينا بالذات أي بالشخص، كأوصيت بهذه البقرة لفلان، أو بهذه الغنم، أو بالغنم التي أملكها الآن، أو بالغنم الموجودة بمزرعة كذا، أو بنقودي المودعة في بنك مصر، أو في صندوق التوفير، أو نحو ذلك. ففي هذه الصور وأمثالها يشترط القانون أن يكون الموصى به موجودا عند الإيصاء ومملوكا للموصي في ذلك الوقت.

واشتراط وجود الموصى به في هذه الحال محل اتفاق بين الفقهاء. بل إن ذلك الشرط يعد نتيجة طبيعية لتعينه بالذات، لأنه لا ذات ولا شخصية لشيء معدوم.



وعلى ذلك إذا قال الموصي: أوصيت بما هو مودع لي من نقود في بنك مصر، وليس له في بنك مصر نقود مودعة عند الإيصاء، فالوصية في هذه الحال باطلة لانعدام محلها المعين.

أما إذا كان الموصى به غير معين بالشخصية ولا بالذات فلا يشترط وجوده عند الوصية؛ وإنما يشترط وجوده عند الوفاة. فإذا قال شخص: أوصيت لفلان بكتبي وليس له كتب عند الوصية صحت وصيته إذا توفي عن كتب، أما إذا توفي وليس له كتب فإن وصيته تكون باطلة لانعدام محلها.

أما اشتراط: أن يكون وقت الإيصاء ملكا للموصي - فقد ذهب إليه الحنفية، والشافعية، والحنابلة؛ بدليل ما جاء في حاشية أبي السعود على ملا مسكين[1] ما نصه: الإقرار بملك الغير صحيح، حتى لو تملكه بعد الإقرار - أمر بالتسليم إلى المقر له. وأما الوصية بملك الغير فلا تصح حتى لو ملكه، ثم مات - لا تصح وصيته، ولا تنفذ «شرنبلالية نقلا عن الكافي»، فما في الولوالجية: أوصى بعبد فلان، ثم ملكه، ثم مات - تبقى وصيته - مشكل اهـ.

وفي تكملة الفتح[2] نقلا عن المحيط والذخيرة: من أوصى لإنسان بعين لا يملكها، ثم ملكها يوما ما من الدهر - لا تصح الوصية. ولكن جاء في البدائع[3] لو أوصى له ببستان معين ليس ملكه يوم الوصية، ثم ملكه، ثم مات - صحت الوصية. وهذا يخالف ما نقل عن الكافي والمحيط والذخيرة.

فهل في المسألة رأيان؟ أو أن أحد الحكمين خطأ؟

وقد جاء في البدائع[4] ما نصه: لو أوصى بألف درهم من مال رجل، أو عبد، أو أي شيء - غير مملوك له - فأجاز المالك هذه الوصية قبل موت

---

(١) حاشية أبي المسعود على ملا مسكين جـ٣ ص ٥٣٨.

(٢) تكملة الفتح جـ٨ ص ٤٣٥.

(٣) البدائع جـ٧ ص ٣٥٥.

(٤) البدائع جـ٧ ص ٣٧١.



الموصي، أو بعد موته - فله أن يرجع عن إجازته - ما لم يدفعه ويسلمه إلى الموصى له، فإذا دفعه إليه جاز وتملكه؛ لأن جوازه ليس بجواز الوصية به؛ إذ لا ولاية للموصي على مال الغير، وإنما جوازه جواز هبة من صاحب المال، فلم تكن إجازته إجازة إسقاط لحق بل هي عقد هبة منه؛ لأن تصرف الموصي صادف ملك غيره فوقف على إجازته. فإذا أجازه الغير وقع هبة من جهته، لا وصية من الموصي - فكأنه وهبه ابتداء - فإن سلم جازت الهبة وإلا فلا.

وهذا الفرع يوضح ما جاء في الهندية، ونصه: وإذا أوصى رجل لرجل بألف درهم بعينها من مال غيره فأجاز صاحب المال بعد موت الموصى. ودفعه إلى الموصى له جاز، وله الامتناع عن التسليم بعد الإجازة - بخلاف ما إذا أوصى بالزيادة على الثلث، فأجاز الوارث؛ حيث لا يكون له أن يمتنع عن التسليم - كما في التبيين وجاء ذلك في ملا مسكين، وغيره.

وهذا يؤيد ما جاء في الكافي، والمحيط، والذخيرة: من أن الوصية بمال الغير غير صحيحة، إذ لو كانت صحيحة موقوفة على إجازة المالك لصحت وصيته بالإجازة بعد وفاة الموصي، ولكنها لا تصبح وصية، بل تعد الإجازة هبة مبتدأة من المالك. أما الوصية الصادرة من الموصي فباطلة ما لم تلحقها إجازة - وعلى ذلك فالرأي البادي: أن الحنفية يرون الوصية بمال الغير وصية باطلة - خلافا لما جاء في البدائع خالصا بالوصية ببستان الغير.

أما الشافعية - فأنت تعلم أنهم يذهبون: إلى أن تصرف الفضولي باطل. ولا شك أن إيصاء شخص بمال غيره يعد فيه فضوليا، فيكون باطلا.

وكذلك يرى الحنابلة: أن تصرف الفضولي باطل. وهي الرواية المشهورة عن أحمد. وعليها اقتصر صاحب كشاف القناع.

وفي النوادر: لو أوصى بمال غيره لم يصح ولو ملكه بعد(١).

---

(١) النوادر جـ٢ ص ٩٤٠.

هذا، وإذا لاحظنا أن المالكية يرون: أن تبرع الفضولي باطل على رواية عندهم - فإن إيصاء إنسان بعين مملوكة لغيره يكون باطلا أيضا على هذه الرواية. وهذا بخلاف الإيصاء بشرائها وإعطائها للموصى له - فإن هذه الوصية صحيحة كما سيأتي، أما الرواية الأخرى عند المالكية فتقضي بأنه تصرف موقوف في التبرعات أيضا. وعلى ذلك يكون الإيصاء بمال معين مملوك لغير الموصي باطلا على الوضع الذي شرحناه. وإلى ذلك ذهب القانون.

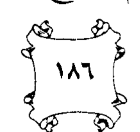
ذلك ما اشترط القانون في الموصى به إذا كان معينا بالشخص - أما إذا لم يكن معينا - فلم يتعرض القانون لما يشترط فيه.

وعلى ذلك يجب الرجوع في شروطه إلى أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة، كما تقضي بذلك المادة ٢٨٠ من القانون ٧٨ لسنة ١٩٣١. وهاك ما يشترطه الحنفية في غير المعين بالذات.

الموصي به إذا لم يكن معينا بالذات والشخص - فقد يكون تعريفه على وضع من الأوضاع الآتية:

الأول - أن يكون الموصى به شائعا في عين بالذات: كالوصية بثلث هذه الغنم، أو بربع دراهمي المودعة في بنك مصر، أو فردا مبهما مضافا إلى معين بالذات: كالوصية بشاة من هذه الغنم. وهذه الحال حكمها هو حكم الوصية بمعين بالذات، فيشترط فيها: أن يكون الموصى به موجودا في ملك الموصي عند الإيصاء؛ وذلك لأنه إذا كان جزءا من معين كان معينا بتعيين كله، إذ لا يدل ذلك التعريف على جزء من كل آخر.

وعلى هذا - يشترط في الوصية: أن يكون للموصي عند الوصية ثلث هذه الغنم مملوكا له على الأقل، وأن تكون له دراهم مودعة في بنك مصر، وأن يكون له في هذه الغنم شاة مملوكة له على الأقل. فإذا لم تكن هذه الغنم مملوكة له كلها، أو لم يكن له دراهم مودعة في بنك مصر، أو لم يكن له شاة مملوكة له في هذه الغنم - لم تصح وصيته. وهذه الصورة مما تتناولها



الفقرة الثالثة من (المادة ١٠) فيما أرى؛ لأن الموصى به فيها يعتبر معينا بالنظر إلى تعيين ما أضيف إليه.

الثاني: أن يكون الموصى به جزءا من تركة الموصي، أو من ماله: كأوصيت بثلث مالي، أو ربع تركتي. أو فردا مبهما أضيف إلى التركة. أو إلى مال الموصي: كأوصيت بشاة من مالي، أو بشاة من تركتي، وفي هذه الحال لا ينظر إلى وجود الموصى به عند الإيصاء، وإنما يكون الاعتداد بوجود ما أضيف إليه الموصى به عند موت الموصي. فإذا توفي عن مال كان الموصى به ثلثه أو ربعه في الحال الأولى، وأعطى من التركة قيمة شاة في الحال الثانية، سواء أكان له مال عند الإيصاء، أم لم يكن له مال، وسواء: أكان ما يملكه من مال عند الإيصاء قد بقي موجودا إلى وقت وفاته، أو أنفق جميعه، أو فني، ثم استجد له بعد ذلك مال بقي له إلى وقت الموت.

ففي الهندية[1]: ولو أوصى بثلث ماله لشخص - ولا مال له وقت الوصية - كان له ثلث ما يملكه عند الموت: سواء اكتسبه بعد الوصية أم قبلها. وعلى ذلك يدخل في الوصية ما كان موجودا له من مال عند الإيصاء، وما استجد له من مال بعد ذلك. ولو أوصى له بشاة من ماله - وليس له غنم عند الوصية، ولا عند الموت - يعطى قيمة الشاة.

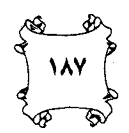
وفي البدائع[2]: ولو قال: أوصيت لفلان بشاة من مالي: أو بقفيز حنطة من مالي - وليس له غنم، ولا حنطة - فالوصية جائزة، ويعطى قيمة الشاة، أو قيمة القفيز؛ لأنه لما أضاف ذلك إلى المال - وليس في ماله ما أوصى به - علم أنه أراد به قدر مالية الشاة، أو مالية القفيز من الحنطة، وهو القيمة.

الثالث: أن يكون الموصى به معينا بالنوع - كأن يقول الموصي: أوصيت لفلان بغنمي، أو بكتبي، أو جزءا شائعا من معين بالنوع - كأن يقول

---

(١) الفتاوى الهندية جـ٦ ص ١٠٥.

(٢) البدائع جـ٧ ص ٣٥٥.



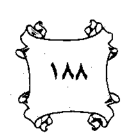
الموصي: أوصيت بثلث غنمي لفلان، أو فردا من نوع - كأن يقول أوصيت بشاة من غنمي. وفي هذه الحال: إما أن يكون له عند الإيصاء غنم أو كتب، أو ليس له عند الإيصاء شيء من ذلك. فإذا كان له عند الإيصاء غنم أو كتب - تعلقت الوصية بماله من ذلك عند الإيصاء، حتى لو تلف ذلك قبل موته بطلت الوصية؛ إذ الظاهر أنه يريد ما يملكه حين الإيصاء؛ إذ قد أضافه إلى نفسه.

قال في الهندية[1]: وإذا أوصى بعين، أو بجزء من نوع من ماله - كثلث غنمه، فهلك، قبل موته - بطلت الوصية، حتى لو اكتسب غنما أخرى بعد ذلك لا يتعلق به حق الموصى له. وإن لم يكن له عند الإيصاء غنم ولا كتب، ثم استجد له ذلك بعد ذلك ثم مات - فالصحيح أن الوصية تصح. وذلك ما جاء في الهندية من الموضع السابق - وجاء في البدائع من الموضع السابق، ولو قال: أوصيت لفلان بغلة بستاني ولا بستان له - فاشترى بعد ذلك بستانا ثم مات - ذكر الكرخي رحمه الله؛ أن الوصية جائزة وذكر في الأصل: أنها غير جائزة.

وجه رواية الأصل؛ أن قولي الموصي: بستاني: يقتضي وجود البستان للحال. فإذا لم يوجد لم تصح الوصية. والصحيح ما ذكره الكرخي؛ لأن الوصية إيجاب الملك بعد الموت فتستدعي وجود الموصى به عند الموت، لا وقت إنشاء الوصية - ولو أوصى لرجل بثلث غنمه فهلكت الغنم قبل موته، أو لم يكن له غنم من الأصل - فمات ولا غنم له - فالوصية باطلة. وكذلك الحكم في الوصية بالعروض كلها؛ لأن الوصية تمليك عند الموت ولا غنم له عند الموت - فإن لم يكن له غنم عند إنشاء الوصية، ثم استفاد بعد ذلك غنما - ذكر في الأصل: أن الوصية باطلة، لأن قوله غنمي يقتضي غنما موجودة وقت إنشاء الوصية - كما قلنا - في البستان.

---

(١) الفتاوى الهندية جـ٦ ص ١٠٦.



وعلى رواية الكرخي - ينبغي أن تجوز الوصية - لما ذكرنا في البستان - وكذلك لو قال: أوصيت له بشاة من غنمي أو بقفيز حنطة من حنطتي - ثم مات وليس له غنم ولا حنطة - فالوصية باطلة لما قلناه. ولو لم يكن له غنم ولا حنطة، ثم استفاد بعد ذلك غنما أو حنطة - ثم مات فهو على الروايتين اللتين ذكرناهما.

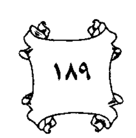
وقد جاء في الخانية، والتبيين، والدر المختار: أنه إذا لم يكن النوع الموصى بجزء شائع منه، أو بفرد منه - موجودا وقت الإيصاء - تعلقت الوصية بما يوجد منه عند الوفاة؛ لظهور أن ذلك هو مراد الموصي، وإلا ما أوصى به؛ إذ الظاهر: أنه لا يوصي بمعدوم. وإن كان موجودا عند الإيصاء تعلق بالموجود منه عند ذلك فقط؛ لظهور أنه يريده ليس غير.

الرابع: أن يكون الموصى به فردا مبهما لم يضف إلى شيء، كأن يقول الموصي: أوصيت لفلان بشاة، أو بشاتي. وفي هذه الحال اختلف فقهاء الحنفية - إذا لم يكن له شيء من ذلك عند الإيصاء، ولا عند الموت.

قيل: لا تصح الوصية؛ لأن الشاة، أو البستان اسم للصورة والمعنى جميعا، ولا شيء له من ذلك فتبطل الوصية. وحملنا هذا الاسم على المعنى لا على الصورة عند الإضافة إلى المال - كان بسبب هذه الإضافة، وإفادتها أن المراد به ما يدل عليه من مالية، لا ما يدل عليه من صورة. أما عند عدمها - فالظاهر منه: إرادة الصورة والمعنى جميعا - كما ذكرنا.

وقيل: تصح لأن الشاة إذا لم تكن موجودة في ماله - فالظاهر: أنه أراد به مالية الشاة؛ تصحيحا لتصرفه فيعطى قيمة الشاة.

وقد جاء في السير الكبير: ما يؤيد صحة الوصية؛ إذ إن الإمام إذا نفل فقال من قتل قتيلا فله جارية من السبايا. فإن كان من الغنائم جارية أعطى من نفل جارية، وإن لم يكن فيه جارية لم يعط شيئا. ولو أنه قال عندما نفل فله جارية، ولم يقل من السبايا - فإنه يعطى قدر مالية الجارية - إذا لم يكن من الغنائم جوار.



وكذلك هنا تصح الوصية، ويعطى قيمة الشاة من التركة.. وأما إذا كان عند الإيصاء شاة - فإن الوصية تتعلق بها - كما يظهر لي؛ إذ يكون الحكم - كما إذا أوصى بكتبه، وله كتب يوم أوصى. فإن لم يكن له شيء من ذلك وقت إنشاء الوصية، ووجد منه شيء عند الموت - كان له الموصى به إذ العبرة بوقت الموت.

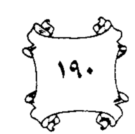
وعلى ذلك إذا لم يوجد الموصى به عند الوفاة - بطلت الوصية - مع ملاحظة ما ذكرناه، وذلك لأن الموصى به إذا كان مالا وجب أن يكون مما يورث. والمعدوم عند الموت لا يجرى فيه الإرث؛ فلا تصح فيه الوصية.

هذه هي أحوال الموصى به. ولم يشر في القانون أيضا: إلى أنه يجب لنفاذ الوصية وجود الموصى به في جميع الأحوال عند وفاة الموصي - إذا كان الموصى به عينا لا منفعة، مع ملاحظة ما ذكرناه: من أن ذكر الموصى به قد يكون لتقدير قيمة الموصى به، كما في الوصية بشاة من التركة، ونحو ذلك - ولا يوجد فيها شياه؛ إذ في هذه الحال يكون الموصى به قيمة العين لا العين التي ذكر اسمها في عبارة الموصي.

الخامس: أن يكون الموصى به منفعة عين من الأعيان: كالوصية بالغلة، والسكنى، وما أشبههما.

وفي هذه الحال لا يشترط: وجود الموصى به من ذلك عند وفاة الموصي إذ يكفي في صحة الإيصاء بذلك - أن يكون مما يصح أن يكون محلا لتعاقد الموصي نفسه حال حياته. والموجود من ذلك، عند الموت، والحادث بعده مما يدخل تحت عقد الإجازة، وعقد الإعارة، وعقد المعاملة؛ ولذلك تصح الوصية بما يحدث من ذلك بعد وفاة الموصي. فإذا أوصى شخص بغلة داره بعد سنة من وفاته، أو بسكناها - صحت هذه الوصية.

ومثل ذلك في الحكم، ما إذا أوصى بثمرة بستانه أبداً. فذكر لفظ الأبد فإن ذلك يشمل الثمرة القائمة عند الموت، وما يحدث بعد ذلك؛ إذ إن الحادث يدخل تحت عقد المعاملة والوقف - أما إذا لم يذكر لفظ الأبد - فإن



وجد حين الموت ثمرة دخلت في الوصية، ولا يدخل فيها ما يحدث بعده وإن لم يوجد ثمرة - فالقياس ألا تتناول الوصية ما يحدث، وتبطل الوصية لأن الثمرة بمنزلة الولد والصوف، والوصية بذلك لا تتناول ما يحدث منه بعد الموت. وفي الاستحسان: تصح الوصية على أساس أنها تتناول ما يحدث من ذلك بعد الموت؛ لأن اسم الثمرة يحتمل الحادث، وفي حمل الوصية عليه تصحيح للعقد. أما الولد والصوف فلا يتناول الحادث عرفا ولا لغة فلا يمكن تصحيحه.

هذا ما ذهب إليه الحنفية. وبناء عليه لا يشترط وجود الموصى به عند الموت في هذه الأحوال.

وقد ذهب القانون في (المادة ٥٥): إلى أنه لا فرق بين الوصية بالغلة والوصية بالثمرة، وأنه إذا أوصى بالغلة، أو بالثمرة - فللموصى له الغلة، أو الثمرة القائمة وقت موت الموصي، وما يستجد منها مستقبلا - ما لم تدل قرينة على خلاف ذلك.

وبناء على هذه المادة: لا يشترط القانون أيضا في الوصية بالغلة أو بالثمرة - وجود ذلك عند وفاة الموصي في أية حال من أحوال الوصية. وسنعرض لهذا عند كلامنا على أحوال الموصى به.

الوصية بالحقوق:

هذا، وقد نص القانون (م/ ١١): على أن الوصية تصح بالخلو، وبالحقوق التي تنتقل بالإرث: ومنها حق المنفعة بالعين المستأجرة بعد وفاة المستأجر وليس في ذكر ذلك إلا تفصيل لإجمال الشرط الأول من شروط الموصى به. وهو أن يكون مما يجري فيه التوارث؛ ذلك لأن الخلو حق يورث فصحت فيه الوصية بناء على ذلك، وعلى أنه متقوم، وأنه لابد أن يكون موجودا عند الإيصاء به إذا كان معينا.

والخلو حق ذكره فقهاء المذهب المالكي، وهو عندهم: اسم لما يملكه من أنفق ماله في عمارة الوقف، أو الصرف على مصارف الوقف عند حاجتها



وعدم وجود ريع للوقف - من المنفعة التي دفع الدراهم في مقابلتها، وحق الأولوية في البقاء فيه. وقد ذكر له المالكية ثلاث صور:

الأولى: أن تكون عين الوقف مخربة فيؤجرها ناظر الوقف لمن يعمرها من ماله - على أن يكون شريكا للوقف بما زادته فيه عمارته. فإذا كانت تؤجر قبل العمارة بعشرة قروش. ثم صارت تؤجر بعدها بثلاثين - كان صاحب العمارة شريكا للوقف بحق الثلثين. وسمى ما يملكه من ذلك خلوا.

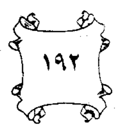
الثانية: أن يكون لمسجد حوانيت مثلا موقوفة عليه، فاحتاج إلى العمارة الضرورية، وليس هناك ريع يعمر به، فيعمد الناظر إلى مستأجر الحوانيت ويأخذ منه مقدارا من المال فيعمر به المسجد، ويخفض له من أجل ذلك أجرة الحوانيت إلى النصف مثلا. وعند ذلك تكون منفعة الحوانيت شركة بين المستأجر والوقف مناصفة. ويسمى ما يملكه المستأجر عند ذلك خلوا.

الثالثة: أن يكون للوقف أرض فضاء، ويريد الناظر أن يبنيها، فيدفعها لشخص على أن يقيم عليها بناء من ماله، يكون له حق البقاء فيه نظير أجرة يدفعها كل شهر مع ذلك، في نظير انتفاعه بأرض الوقف وعند ذلك يعد المستأجر شريكا للوقف في منفعة العين مقابل ما دفعه من مال في بنائها. ويسمى ماله من حق فيها خلوا.

وهم يرون. أن الخلو يجوز التصرف فيه: بالبيع، والهبة، والوصية. وينتقل بالوراثة عند الوفاة.

وكذلك نص في (المادة ١١) على صحة الوصية بالحقوق التي تنتقل بالإرث: ومنها حق المنفعة بالعين المستأجرة بعد وفاة المستأجر.

أما بيان هذه الحقوق فنرجع فيه - كما ذكرنا فيما مضى - إلى القوانين المدنية الخاصة بتنظيم التصرف في المال، وانتقاله بالإرث - على ما ذكرنا فيما سبق- وما أشرنا إليه من وجهه.



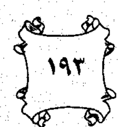
وإطلاق المادة يدل على أن الوصية بهذه الحقوق - بما فيها حق الخلو - تجوز- وإن كانت الوصية بها منفردة غير تابعة للعقار المنتفع بها. كما تجوز الوصية بها مع الوصية بذلك العقار. وعلى هذا - إذا كان لشخص بئر يروي أرضه من مائها، واتفق مع صاحب أرض مجاورة: على أن يروي أرضه من مائها نظير عوض معلوم، ثم أراد بعد ذلك أن يوصي لصاحب هذه الأرض بحق الشرب، بدلا من أن يطالبه ورثته بعد موته بثمن الماء الذي ينتفع به - ففي هذه الحال إذا أوصى له بذلك - فقد أوصى له بالشرب منفردا عن أرض يتبعها، وتكون الوصية في هذه الحال صحيحة بدلالة المادة.

وقد جاء في مناقشات اللجنة التي عهد إليها بوضع مشروع قانون الوصية: أن اللجنة قد أقرت: أن الوصية بهذه الحقوق صحيحة لمن ينتفع بها: سواء أكانت منفردة، أم تابعة لأرض تنتفع بها - على أن يدون بالمذكرة الإيضاحية للقانون: أنه لا يصح الإيصاء بها إلا إذا كانت تابعة للأرض التي ستنتفع بها، أو تكون الوصية بها تابعة للوصية بالأرض التي لها هذه الحقوق، وأن هذا هو المراد بالمادة، ولذلك جاء بالمذكرة الإيضاحية ما نصه.

المراد بالحقوق التي تنتقل بالإرث: حقوق الارتفاق من: الشرب، والمجرى، والمسيل، والتعلي، ونحوها. وجواز الوصية بحق الشرب، والمجرى، والمسيل - يؤخذ من مذهب الحنفية. ولكن لا تجوز الوصية بهذه الحقوق إلا تبعا للأرض الموصى بها، أو لمالك أرض تنتفع بها. وجواز الوصية بحق التعلي مذهب الإمام مالك، وجوازها بالخلو، رأي لبعض المتأخرين من فقهاء المالكية.

والخلو عندهم - يشمل الحكر: وهو منفعة مملوكة لصاحبه يجوز له التصرف فيها بالبيع، والهبة والوصية، وتورث عنه.

وحقوق الارتفاق تثبت في الغالب لعقار على عقار آخر، وتورث عن صاحبها تبعا للعقار الثابتة له. كما تورث استقلالا - إذا انفصلت عنه، فأصبحت ملكا مستقلا. ويتصور ذلك: بأن يبيع صاحب العقار الذي ثبتت له



هذه الحقوق عقاره هذا، ولا ينص على دخولها في عقد البيع. فإن المشتري يملك ذلك العقار مجردا عن حقوقه تلك؛ فتبقى الحقوق حينئذ ملكا للبائع مستقلا، ينتقل بموته إلى الورثة استقلالا.

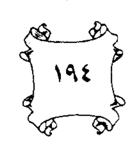
وقد نص في كتب الحنفية: على أن حق الشرب يورث، ويوصى به، ولا يباع، ولا يوهب، لأن خلفاء الميت يقومون مقامه في حقوقه وأملاكه. وهذا التعليل لا يختص بحق الشرب، بل يعم بقية الحقوق: كحق المرور، وحق المسيل؛ فإنها أيضا حقوق مالية فتورث، ويوصى بها. علي أنه قد قيل بجواز بيع حق المرور؛ وذلك يدل على اعتباره مالا، وذلك ما يوجب صحة الإيصاء به عند الحنفية.

ومما يلاحظ: أن معنى الحكر عند الحنفية ليس كمعناه عند المالكية. إذ الحكر عند الحنفية ضرب من الإجازة التي تتضمن النص على إعطاء المستأجر حق البناء، أو الغراس في الأرض المستأجرة. فإذا قام بذلك كان له حق البقاء في الأرض بتجديد عقد الإجارة بأجرة المثل - ما دام البناء أو الغرس قائمين - وما دام يدفع أجر المثل. فإذا انتهت المدة، أو توفي المستأجر، وليس للبناء، ولا الغراس أثر - انتهى حق الحكر، وأجرت الأرض للمستأجر، أو لغيره.

وعلى ذلك فحق الحكر لا يورث عند الحنفية، ولا يجوز الإيصاء به، ولا يثبت لغير المستأجر إلا تبعا للبناء، أو الغراس في الأرض المحتكرة - إذا ما انتقلا بالميراث إلى وارث المحتكر. وعلى ذلك إذا انتقلا بالوصية إلى الموصى له - فهل يثبت له تبعا لذلك حق البناء في الأرض - وهو حق الحكر؟. ظاهر ما عللوا به حق الحكر وبقاءه: أنه يثبت له أيضا منعا للضرر. وعلى أية حال - فإن من يقول بانتقال حق الحكر بالميراث أصالة - يلزمه أن يقول بجواز الوصية به.

الوصية بمنفعة العين المستأجرة:

وقد نص في (المادة ١١) أيضا: على جواز الإيصاء بمنفعة العين المستأجرة، فيوصي بها المستأجر لغيره بعد وفاته - ما بقيت مدة الإجارة.



وذلك إنما بني على أن الإجارة لا تنتهي بوفاة المستأجر. وإلى ذلك ذهب الشافعية - خلافا للحنفية.

ويلاحظ أن القانون المدني قد نص فيه: على أن عقد الإجارة لا ينتهى بموت المؤجر، ولا بموت المستأجر «فقرة ١/ م٦٠١».

وإنما يجوز لورثة المستأجر أن يطلبوا إنهاء العقد - إذا أثبتوا: أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم، أو أن الإيجار قد أصبح متجاوزا حدود حاجتهم، أو أن الإجارة لم تعقد إلا بسبب حرفة المستأجر، أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه. (م ٦٠١ و ٦٠٢ مدني).

الوصية بالإقراض:

وكذلك نص في القانون (م١٢) على: أن الوصية بإقراض الموصى له قدرا معلوما من المال - صحيحة، وأنها لا تنفذ فيما زاد على ثلث التركة إلا بإجازة الورثة.

والوصية بالإقراض - وصية بعقد يباشره من له الولاية على التركة، وتنفيذ ما يكون فيها من وصايا.

ولا شك أن الإقراض يتوافر فيه أنه محل للتعاقد حال حياة الموصي؛ ولذا صحت الوصية به ولزمت بوفاة الموصي مصرا عليها، وقبولها من الموصى له. وكانت هذه المادة تفصيلا لإجمالي الفقرة الأولى من (المادة ١٠) أو تطبيقها لها.

وصحة الوصية بالإقراض ذهب إليه الحنفية. كما جاء في الهندية[١] وقد لوحظ فيه أمران:

أحدهما - أنه يترتب عليه منع بعض التركة عمن ورثها مدة من الزمن لا يستطيعون فيها الانتفاع به؛ فوجب لذلك ألا تتجاوز الوصية به ثلث

(١) الفتاوى الهندية جـ٢ ص ١٢٨.

التركة؛ إذ إن حقهم في الثلثين يجب أن يتوافر لهم ملكا وانتفاعا من وقت وفاة مورثهم. فإذا زاد ما أوصى بإقراضه على ثلث التركة توقفت الوصية في الزائد على إجازة الورثة.

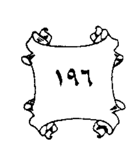
ثانيهما - أن للإقراض شبها بالمعاوضات من ناحية: أن الموصى له سيرد له مثل ما أخذه قرضا. وإذ أجاز الحنفية الوصية بالبيع، والوصية بالهبة - فمن المتسق مع ذلك إجازة الوصية بالإقراض.

هذا: ولم يراع في جواز الوصية بالإقراض ما فيه من شبه بالإعارة - حتى سمي لذلك بالعارية المستهلكة - لأن الحنفية لا يجوزون الوصية بالإعارة. ففي الهندية[1]: رجل أوصى بأن يعار بيته من فلان كان باطلا. وكذا لو أوصى بأن يُسقى عنه الماء شهرا في موسم كذا، أو في سبيل الماء - كان باطلا في قول أبي حنيفة اهـ. هذا - ولم يشر إلى رأي الصاحبين في ذلك.

ولعل وجه ذلك عند أبي حنيفة: أن العارية عقد غير لازم بالنسبة للمعير، وهو هنا الموصي، أو من يخلفه في ذلك. والوصية لازمة بعد الوفاة بالنسبة له ولمن يخلفه. وفي جواز الوصية بالعارية تغيير لشرعها من تحويلها من عقد غير لازم إلى عقد لازم - وقد يقال في ذلك: إنها لا تتحول بالوصية إلى عقد لازم؛ لأن الذي يلزم بالإيصاء هو إقدام الموصي، أو الورثة على الإعارة. أما العقد فإنه بعد مباشرته يكون غير لازم، فلهم بعد ذلك أن يستردوا العارية من الموصى له. وهذه الملاحظة - وإن صحت - إلا أن غرض الموصي المتجه إلى نفع الموصى له بالعارية لا يتحقق باستردادها إثر العقد، فكان أشبه باللعب في هذه الحال.

ولهذا لا يبعد أن الإيصاء بالإقراض يشترط فيه: أن يكون إلى أجل معلوم حتى يتحقق نفع الموصى له بما أوصى له به، وعند ذلك يكون الأجل لازما. فقد نص الحنفية: على أن الأجل يلزم في القرض إذا أوصى به. أما في

(١) الفتاوى الهندية جـ٦ ص١٢٢.



غير ذلك فهو غير لازم عندهم. وإلى ذلك ذهب جمهور الفقهاء - عدا المالكية، والليث بن سعد؛ فإنهم يذهبون إلى لزومه في كل قرض - إذا ما نص عليه - فإذا لم ينص عليه انصرف التوقيت فيه إلى ما تقضي به العادة والعرف؛ فلا يطلب رده قبل ذلك.

الوصية بقسمة التركة بين الورثة:

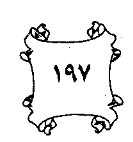
وكذلك نص في القانون (م ١٣) على: أن وصية الموصى بقسمة أعيان التركة بين ورثته قسمة يتعين بها نصيب كل وارث ويتحدد، أو نصيب بعضهم دون بعضهم الآخر - وصية صحيحة ملزمة - إذا كانت هذه القسمة على قدر ميراثهم. فإذا زادت قيمة ما عين لبعضهم من التركة على ميراثه فيها - كانت هذه الزيادة وصية تنفذ وتلزم - إذا لم تتجاوز ثلث التركة، وإلا توقفت فيما زاد على الثلث على إجازة سائر الورثة. فإن أجازوا نفذت، وإلا كان ثلث التركة بين من زيد في أنصابهم بنسبة ما زيد لكل منهم؛ ذلك لأن الزيادة في حصة أحدهم عما يستحقه ميراثا يعد وصية له.

والقول بصحة هذه الوصية ولزومها، دون توقف على إجازة الورثة - أحد قولين عند الشافعية. ففي نهاية المحتاج(١): والوصية لكل وارث بعين هي قدر حصته: كأن ترك ابنين، وداراً، وقنا، قيمتهما سواء، فحص كلا بواحدة - صحيحة، وتفتقر إلى الإجازة في الأصح؛ لاختلاف الأغراض بالأعيان؛ ولذا صحت ببيع عين من ماله لزيد، سواء أكانت الأعيان مثلية أم لا. وإلى هذا ذهب الشيعة الجعفرية. والثاني لا تفتقر لذلك ا هـ. وبالقول الثاني أخذ القانون.

وإلى ذلك ذهب الحنابلة في أحد وجهين عندهم. فقد جاء في المغني لابن قدامة: وإن أوصى لكل وارث بعين هو قدر نصيبه - كرجل خلف ابنا وبنتا، وعبدا قيمته مائة، وأمة قيمتها خمسون. فأوصى للابن بالعبد، وللبنت بالأمة - صحت الوصية في أحد الوجهين، لأن حق الوارث في القدر لا في

---

(١) نهاية المحتاج جـ٦ ص ٤٩.



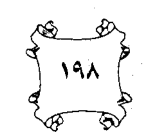
العين؛ بدليل ما لو عاوض المريض بعض ورثته، أو أجنبيا بجميع ماله - فإن ذلك يصح إذا كان بثمن المثل - وإن تضمن فوات عين المال - والثاني يقف على إجازة الورثة؛ لأن في الأعيان غرضا صحيحا فكما لا يجوز إبطال حق الوارث في قدر حصته لا يجوز إبطاله في عينه ا هـ. وهو مذهب الشيعة الجعفرية.

والقول بذلك لا تأباه قواعد الحنفية. فقد علمت أن الصاحبين يجيزان: أن يبيع المريض مرض الموت عينا من تركته في مرض موته بثمن مثلها، دون توقف على إجازة الورثة. وإذا جاز ذلك عندهما لم يبعد أن يجوزا القسمة بين الورثة على هذا الأساس - خلافا للإمام الذي يرى أن هذا البيع يتوقف نفاذه على إجازة الورثة. وإذن فرأيه يقضى: بأن الوصية بقسمة التركة بين الورثة تتوقف على إجازتهم أيضا.

وقد أخذ القانون بجواز الوصية بالقسمة دون توقف على إجازة الورثة؛ ليتمكن من قسمة تركته بين ورثته على الوجه الذي يرى أن المصلحة فيه، وليقضى على ما عساه يكون من خلاف بينهم عند قسمتها، وليمكن الضعفاء من ورثته من أن يكون لهم، وتحت أيديهم من التركة ما لا يشق عليهم استغلاله.

وعلى ذلك إذا عين الموصي لكل وارث من ورثته نصيبه في تركته ميراثا عنه، وكانت قيمته مساوية لما يرثه شرعا. وأوصى بإنفاذ ذلك بعد وفاته لزم ذلك. وكذلك إذا قسم تركته بين ورثته؛ فبين ما لكل وارث فيها من نصيب، ولم يجنب إلا بعض ورثته تاركا باقيها على الشيوع، وأوصى بإنفاذ ذلك لزمت وصيته، وذلك إذا كانت قيمة ما خص به كل وارث لا تزيد عن نصيبه في التركة ميراثا، أو كان مجموع ما زاده في الأنصباء لا يتجاوز ثلث تركته، وإلا توقفت في الزائد على الثلث على إجازة سائر الورثة.

هذا، وقد تعرض القانون المدني للوصية بقسمة التركة بين الورثة في المواد ٩٠٨، ٩٠٩، ٩١٠ ونص في [م - ٩٠٩] على: أن هذه الوصية يجوز



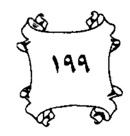
الرجوع فيها، وتصبح لازمة بوفاة الموصي. وفي المادة (٩١٠) نص: على أن القسمة إذا لم تشمل جميع أعيان التركة - فإن الأموال التي لم تدخل في القسمة تؤول إلى الورثة شائعة بينهم طبقا لقواعد الميراث. ومن هذا يرى: أن ما جاء في القانون المدني لم يخرج عن أحكام الوصية.

الوصية بالتصرف في التركة بعد الوفاة على العموم:

لما كان شرع الوصية لتلافي ما يفوت الإنسان من معروف حال حياته. وكانت وسائل المعروف ومظاهره في الخارج متعددة مختلفة - رؤي أن تكون الوصية متسعة لكثير من التصرفات، ومحققة لكثير من الرغبات، المختلفة - مما لا يتحقق إلا بعقود والتزامات متعددة. ولهذا لم يكن جواز الإيصاء بالتصرف على الجملة محلا لاختلاف الفقهاء، على اختلاف مذاهبهم. فأجاز ذلك الأئمة الأربعة، كما أجازه الشيعة الجعفرية. ومن ثم جاز الإيصاء بالإقراض، وبالقسمة على ما بينا، وجاز الإيصاء ببيع عين لفلان، وبشراء عين معينة وإعطائها لفلان، وبإجارة منزله لفلان مدة كذا، وما إلى ذلك من التصرفات، على خلاف بينهم في بعض المسائل عند التفصيل والتفريع.

وعلى من له ولاية التركة، أو تنفيذ ما فيها من وصايا - الوصية ببيع عين، أو بشرائها، أو بتأجيرها: أن يقوم بتنفيذ ما أوصى به الموصي - متى كانت الوصية صحيحة مستوفية لجميع شرائطها.

وقد جاء في كتاب تحرير الأحكام «من كتب الشيعة الجعفرية» ما يفيد أن التصرف الموصى به إذا كان لا يترتب عليه خروج محله من التركة، ولكنه يحول دون وضع اليد عليه من الورثة - اشترط لنفاذ الإيصاء به: ألا يتجاوز ذلك ثلث التركة على رأي عندهم. فقد جاء فيه: أنه لو أوصى لإنسان بالمضاربة في التركة - على أن يكون الربح بين العامل والورثة بالسوية - صحت الوصية. وهل يشترط أن يقتصر ذلك على الثلث، إلا إذا أجاز الورثة؟ فيه نظر ا هـ.



وعلى هذا الحكم الإيصاء بإجارة عين من أعيان التركة لفلان بعد الوفاة مدة كذا بأجرة هي كذا.

والذي يبدو أن الحكم في ذلك عند جمهور الفقهاء هو الجواز - إذا لم يتجاوز ثلث التركة، كما في الإقراض. فإن تجاوز الثلث توقف على إجازة الورثة.

أما إذا كان التصرف مما يترتب عليه خروج محله من التركة: كالإيصاء بالبيع، وبالهبة، وبالوقف، وبالعتق - فإنه يشترط لنفاذ ذلك - قولا واحداً: ألا يتجاوز ثلث التركة إلا بإجازة الورثة. وذلك محل اتفاق بينهم.

وعلى ذلك إذا أوصى ببيع عين معينة لفلان، دون أن يعين ثمنا - بيعت له ما دامت لا تتجاوز ثلث التركة - إذا قبل شراءها. وإنما تباع له بقيمتها مع التجاوز عن الغبن اليسير وإن عين ثمنا وكان فيه محاباة - وجب أن يتسع لها الثلث. وقد يكون هذا الشرط لا محل له من ناحية: أن العين إذا كانت لا تتجاوز قيمتها ثلث التركة - لزم من ذلك أن تكون المحاباة في ثمنها دون الثلث - وإن أبي فلان شراءها بطلت الوصية.

وإذا أوصى بشراء عين لفلان - اشتريت له بقيمتها، مع مراعاة الشرط السابق، وهو أن يتسع لذلك ثلث التركة. وإذا عين ثمنا اشترط ألا تزيد المحاباة فيه على ثلث التركة. وإذا أبى مالكها أن يبيعها بطلت الوصية، كما تبطل الوصية إذا كان ما عينه من الثمن لا يتسع له ثلث التركة.

وإذا عين ثمنا وكان ثلث التركة يحتمله، ولكنه لا يفي بشراء ما عينه، وكان في الإمكان شراء بعضه فهل تبطل الوصية، أو يشتري بالثمن بعض ما أراد الموصي شراءه؟ وذلك كأن يوصي بشراء عشرين إردبا من البر يتصدق بها على الفقراء بمبلغ أربعين جنيها، ولا تشترى بأقل من ستين جنيها.

ذهب الشافعية والحنفية في ذلك مذهبين: منهم من رأى بطلان الوصية لعدم إمكان تنفيذها على الوضع الذي صدرت به. ومنهم من رأى أن يشتري بالأربعين جنيها برا بقدرها؛ لأن ذلك هو الأقرب إلى تنفيذ غرض الموصي.



ولو عين ثمنا هو أكثر من قيمة ما أراد شراءه: كأن أوصى في المسألة السابقة بأن يكون الثمن مائة جنيه. ففي ذلك ثلاثة آراء: رأي يقضي بشراء عشرين إردبا بقيمتها، وباقي المبلغ للورثة. ووجه بأن غرض الموصي قد تم بذلك. ورأي يقضي بأن يشترى بالمبلغ جميعه برا يوزع على الفقراء؛ لأنه أوصى به في هذه السبيل. ورأي يقضي بأن يشترى عشرون إردبا فقط، والفاضل يكون وصية للبائع - وهو أبعدها في نظري - إلا إذا عين البائع في وصيته، فإنه حينئذ يكون أوضح وجها.

وإذا عين ثمنا فاشتريت بأقل - وكانت العين شخصية قيمية - كان الفاضل للورثة اتفاقا.

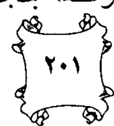
ويرى المالكية في الإيصاء ببيع عين معينة لفلان مثلا: أنه إذا أبى فلان أن يشتريها بقيمتها، أو بالثمن الذي عينه الموصي - نقص من ذلك ترغيبا له في شرائها - على ألا يتجاوز النقص ثلث قيمتها. فإن رفض بعد ذلك بطلت الوصية.

وإذا أوصى بشراء عين لفلان، فأبى مالكها ضنا بها - بطلت الوصية. وإن أبى حتى يزاد في ثمنها لم تزد زيادة على ثلث قيمتها. فإن أبى بعد وصول الزيادة إلى هذا المقدار - كان المجموع: وهو ما جعل ثمنا - للموصى له بدلا عن العين الموصى له بها.

والفرق عندهم بين الحالين: أن تنفيذ الوصية في الحال الأولى متعذر فتبطل الوصية لذلك. أما في الحال الثانية فتنفيذها غير متعذر؛ إذ يمكن زيادة الثمن إلى أن يرضى المالك، غير أنه لا يصار إلى ذلك مراعاة لحق الورثة، وعدم الإضرار بهم.

الوصية بوقف عين:

وإذا أوصى بوقف عين - وكانت عبارته تدل على صيرورتها وقفا بمجرد وفاته - صحت وصيته، وصارت وقفا بمجرد وفاته. كما إذا قال: أوص بأن



تكون هذه العين بعد وفاتي وقفا على كـذا. وإذا كانت عبارته تدل على إنشاء وقفهـا بعد الوفاة - كمـا إذا قال: أوص بأن توقف داري الفلانية بـعد وفاتي على كذا - صحت الوصية. وعلى من إليه تنفيذ وصايا التركة أن يقوم بإنشاء وقـفهـا بعد الوفـاة، ولا تصـير وقـفا إلا بذلـك - ذهب إلى ذلك الحنفيـة والشافعية.

وعلى ذلك فلمن تكون غلتها في الفترة بين الوفاة، وإنشاء وقفها؟

ذهب بعضهم إلى أنهـا تكون للورثة؛ لأنها غلة عين مملوكة لهم، وذلك قيـاس على التركة المستـغرقة بالدين - إذا أغلت بعـد الوفاة وقبل بيعـها في الدين. ذكر ذلك الشافعية.

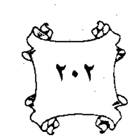
وعلى مـا ذهب إليـه الحنفيـة. لا يصح هذا القـيـاس؛ لأن الدين يمنع الوارث من أن يتملك التركة عندهم. وإنما يوجهون ذلك: بأن الوصية لا تمنع تملك الوارث للتركة، وإنما تحملها حـقا من الحقوق. فليس ما يمنع عندئذ من أن تكون الغلة للورثة؛ لأنها ثمار ملك لهم.

ومن الشافعية من ذهب إلى أنها تكون للمـوقوف عليهم؛ لتعلق حقهم بهذه العين تعلقا مستقرا لازما.

وذهب الشيعة الجعفرية إلى عدم صـحة الوصية بالوقف - كما جاء في تحرير الأحكام.

الوصية بالعارية أو بالهبة:

ذهب أبو حنيفة إلى عـدم صحة الإيصاء بالعارية - كـما جاء ذلك في الهندية نقلا عن فـتاوى قاضيـان - وعلى هذا يمكن أن يقاس الإيصاء بالهـبة على الإيصاء بالعاريـة - فلا يجوز الإيصاء بها عند الإمـام. وقد يوجه ذلك بأن في عدول الموصي عن تمليك المسـتعير أو الموهوب له بالوصـية إلى تمليكه بالعارية أو بالهـبة - وذلك متوقف على رغـبة الوارث - إرادة أن يكون ذلك



إلى رغبة الوارث: إن شاء فعل، وإن شاء لم يفعل، وذلك ليس بسبيل الإيصاء؛ فلا يصح الإيصاء بهما لذلك[1].

وقد تعرض قانون الوصية لهذا النوع من الوصايا في (مادة ٥٦) ونصها: إذا كانت الوصية ببيع عين للموصي بثمن معين أو بتأجيرها له لمدة معينة، وبأجرة مسماة. وكان الثمن، أو الأجرة أقل من المثل بغبن فاحش، أو بغبن يسير - نفذت الوصية. وإن كان الفاحش لا يخرج من الثلث، ولم يجز الورثة الزيادة فلا تنفذ الوصية إلا إذا قبل الموصى له دفع الزيادة.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية: أن هذه الأحكام قد أخذت من مذهب الحنفية. ولكن قد علمت أن ذلك أيضا متفق مع رأي الحنابلة، والشافعية، والشيعة. وكذلك لا يختلف الحكم عند المالكية. إذا ما قبل الموصى له شراءها بالثمن؛ أو تأجيرها بما عينه الموصي.

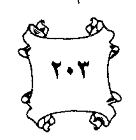
وإنما يختلف الحكم إذا أبى ذلك؛ إذ إن الوصية تبطل عند الجمهور. أما عند مالك فقد علمت: أنه ينقص من المبلغ الذي عينه الموصي بقدر لا يتجاوز به ثلث قيمة العين الموصي ببيعها. فإن قبل، وإلا بطلت الوصية. أو أعطى المبلغ لمن أوصى الموصى بها له، بدلا عنها على ما ذكرنا. ذلك في حال الإيصاء ببيعها. أما في حال الإيصاء بتأجيرها - فهل يراعى في النقص من الأجرة ثلث أجر المثل؟ لم أر حكم ذلك عندهم.

حد الغبن اليسير والغبن الفاحش:

هذا، والفرق بين الغبن اليسير، والغبن الفاحش: أن الأول هو ما يدخل تحت تقويم المقومين، بخلاف الثاني. وقد حدد بعض الفقهاء حدودا للغبن اليسير، والغبن الفاحش - فذكر: أن الفاحش في العقار: ما بلغ خمس قيمته، وما دون ذلك يسير. وفي الحيوان: ما بلغ عشر قيمته. وفي

---

(١) راجع الهندية جـ٦ ص ١١٠ وما بعدها، والشرح الكبير للدردير والدسوقي عليه جـ٤ ص ٤٣٦ وما بعدها، ونهاية المحتاج جـ٦ ص ٦٧ و ٧٣ وما بعدها، والمغني لابن قدامة جـ٦ ص ٥٤٢ وما بعدها، وتحرير الأحكام جـ١ ص ٢٩٣-٣٠١.



العروض: ما بلغ نصف عشرها. وفيما له سعر محدد: أية زيادة فيه. وغير ذلك يسير.

وأساس هذا الخلاف على ما يظهر: هو ما يلاحظ من اختلاف المقومين، وتفاوت ذلك الخلاف عند اختلاف ما يقوّمونه فعلا.

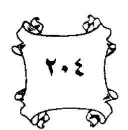
ويلاحظ أن القانون لم يشترط في صحة الإيصاء بالبيع، والإجارة - إلا أن تكون المحاباة في الثمن أو الأجر غير متجاوزة ثلث التركة، في حين أن القواعد تقضي بمراعاة شرط آخر: هو ألا يكون الموصي ببيعه، أو إجارته متجاوزا ثلث التركة إلا بإجازة الورثة؛ ذلك لأن في البيع والإجارة كفا ليد الورثة عما أوصى ببيعه، أو إجارته. فإذا زاد ذلك على ثلث التركة كان في ذلك مساس بحقهم، وهو خلوص الثلثين لهم، ولهم حق في الثلثين صورة ومالية. ومن حقهم أن يستثمروها على حسب إرادتهما. ألا ترى أن الوصية بالمنفعة يشترط فيها: ألا يتجاوز ذلك ثلث التركة - مع بقاء العين مملوكة للورثة؛ لما في ذلك من الحيلولة بين الورثة وبين ما يملكون زمنا من الأزمان.

وبما أن القانون قد ترك هذا الشرط - فلا يعد تركه اطراحا له، وبيانا لعدم الأخذ به. فليس ذلك رأيا في مذهب من المذاهب. وإنما تركه اعتماد على أن ما لم ينص عليه القانون صراحة يتبع فيه أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة - وهذا لا ينفي أنه كان من المستحسن أن ينص على ذلك منعا للاشتباه واللبس.

تجهيل الموصى به:

لا يشترط الحنفية في الموصى به أن يكون معلوما. ففي البدائع[1]: وسواء أكان الموصى به معلوما، أو مجهولا - فإن الوصية به جائزة، لأن جهالته يمكن إزالتها من جهة الموصي ما دام حيا، ومن جهة ورثته بعد موته. وذلك بالرجوع إليهم في البيان فأشبهت جهالة المقر به حال الإقرار، وهي لا

(١) البدائع جـ٧ ص ٣٥٦.



تمنع صحته - بخلاف جهالة المقرِ له فإنها تمنع صحته. وكذلك جهالة الموصى له تمنع صحة الوصية.

وعلى هذا إذا أوصى شخص لآخر بجزء من ماله، أو بنصيب منه، أو بطائفة منه. فإن بين ما أراده في حال حياته فبها، وإلا طلب من الورثة أن يعطوا الموصى له بعد موت الموصي ما شاءوا؛ لأن هذه الألفاظ تحتمل القليل أو الكثير فيرجع في بيانها إليه إن كان، وإلى ورثته بعد وفاته - إن لم يبن؛ لأنهم قائمون مقامه. وإذا لم يكن له ورثة - كان البيان لولي الأمر باعتباره ذا ولاية على بيت المال الذي يؤول إليه هذا المال.

وإلى صحة الوصية بالمجهول ذهب المالكية والشافعية، والحنابلة والزيدية، والشيعة الجعفرية. ولم يتعرض القانون لهذا الموضوع فوجب لذلك أن يكون العمل على وفق مذهب الحنفية. على أنه قد تعرض لذكر بعض أحكام المسائل جهل فيها الموصى به، كالوصية بنصيب وارث غير معين (م-٤١، و م-٤٢).

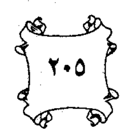
ما يشرط في الموصى به عند غير الحنفية:

يشترط المالكية في الموصى به أن يكون مما يصح تمليكه للموصى له: سواء أكان من الأعيان أم من المنافع، وسواء أكان موجودا وقت الوصية أم بعد الوفاة فتصح الوصية: بثمر الشجر الموجود، وبما سيوجد منه. وتصح بالدين في ذمة مدين لشخص آخر خلافه - ولو كان المدين معسرا. وتصح بما ستلده ناقته إلى عشر سنوات. ولا تصح بنحو الخمر للمسلم. لأنه لا يصح للمسلم أن يتملكه وتصح بالبعيد الشارد، وتصح بالمنفعة على وجه التأبيد، وعلى وجه التوقيت(١).

ويشترط الشافعية فيه: أن يكون مقصودا يستصحب، وقابلا للنقل اختيارا. فلا تصح بما يحرم اقتناؤه، أو الانتفاع به: كالخمر والخنزير، ولا

---

(١) شرح أبي الحسن على الرسالة.



بنحو قود، وحد قذف لغير من هو عليه. وكذلك يشترط فيه عندهم: ألا يكون حراما - كالوصية ببناء يعصى فيه الله، أو بإطعام النائحات؛ لأن ذلك حرام أو بإطعام المعزين، لأنه مكروه - وكذا يشترط فيه: أن يكون مملوكا للموصي عند بعض الشافعية. وعلى ذلك لو أوصى بهذه الدار - وهي ليست له، أو بدار فلان - إن ملكها - كانت الوصية باطلة فيما ذهب إليه بعضهم ذكر ذلك الغزالي.

ورجح صاحب الروضة صحتها - إذا ملك. وتصح عندهم بالموجود وبما سيوجد، وبالمعلوم وبالمجهول، وبما لا يقدر على تسليمه[1].

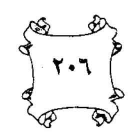
وذهب الحنابلة - إلى أنه يشترط في الموصى به: أن يكون ممكنا، والانتفاع به مباحا فلا تصح بأم ولده؛ لأنها تعتق بموت. ولا تصح بالخمر والميتة: وأن يكون مختصا بالموصي - فلو أوصى بما هو مملوك لغيره لم تصح وصيته - وإن ملكه قبل موته وتصح بالمعدوم: كالوصية بما ستحمل ناقته، أو بما ستثمره شجرته دائما، أو مدة معلومة. وتصح بمبهم: كفرس من أفراسه. وبما لا يقدر على تسليمه: كفرس شارد. اهـ «من كشاف القناع، ومنتهى الإرادات».

وذهب الشيعة الجعفرية - إلى أنه يشترط في الموصى به: أن يكون مقصودا يقبل النقل: سواء أكان عينا أم منفعة: وأن يكون مملوكا للموصي - وتصح بالموجود وبالمعدوم: فصحت بالحمل، وثمرة البستان، وبالمنفعة، ولا يشترط فيه العلم، ولا أن يكون مقدورا على تسليمه «كما في تحرير الأحكام».

واشترط الزيدية في الموصى به: أن يكون موجودا؛ فلا تصح بالحمل إلا إذا تيقنا من وجوده. والأقرب في المذهب صحتها به. كما صحت بثمر البستان، ومنافع الدار، وما في ذمة الغير من دين ولا تصح بمال مملوك لغير الموصي. فلو أوصى بمال للغير لم تصح - ولو ملكه بعد ذلك، وكذلك لو

---

(١) بحار الأنوار جـ٢ ص ١٤، ١٥.



أجازها المالك. وتصح بالمجهول قدرا وجنسا: كثمار الشجر، ومنافع البهيمة؛ إذ الموصى له كالخليفة للميت فيما جعل له من التركة؛ فأشبه الوارث. فكما يصح ميراث المجهول - يصح استحقاقه بالوصية. وللمستأجر أن يوصي بما استحقه من المنفعة. ويرجع إلى الموصي في حياته في بيان ما جهله، وإلى ورثته من بعد موته في ذلك.

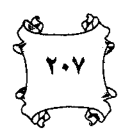
الموازنة بين آراء الأئمة: وبموازنة آراء فقهاء الأئمة بعضها ببعض يرى أن مذهب الحنفية أضبط للمسائل وأجمع للأحكام؛ ولذا كان استمداد القانون منه.

الوصية بما زاد على الثلث، والخلاف في نوع استحقاق بيت المال من التركة:
بقي من شروط الموصى به شرط - هو محل اتفاق بين الفقهاء، وجاء ذكره في المادة ٣٧ من القانون - وهو ألا يكون الموصى به أكثر من الثلث وهو شرط لنفاذ الوصية، لا شرط لصحتها. فالوصية بأكثر من الثلث صحيحة، ولكنها متوقفة على الإجازة من الورثة. إن أجازوها نفذت، وإن أجازها بعضهم دون بعض - نفذت في حصة المجيز منهم، وبطلت في حصة من لم يجز.

ولم نر خلافا في ذلك إلا ما جاء في شرح النيل، في فقه الإباضية: من أن بعضهم أجاز الوصية بالنصف، وبعضهم أجازها بأكثر من ذلك - بدون توقف على إجازة الورثة[١]. وقد نسب هذا الرأي أيضا إلى - علي بن بابويه - من فقهاء الشيعة الجعفرية - إذ ذهب إلى نفاذها في كل التركة، بدون توقف على إجازة الورثة؛ مستندا في ذلك إلى بعض روايات رويت عن فقهاء أهل البيت، بناء على إطلاق لفظ الوصية في آية المواريث، ولا يمنع من شمولها كل التركة - الإتيان بها بعد ذكر المواريث، شأنها في ذلك ما جاء معها من ذكر الدين وهذا رأي مخالف للإجماع - كما ذكر ذلك صاحب الروض.

---

(١) شرح النيل جـ٦ ص ١٢٩.



أما دليل عدم نفاذها فيما زاد على الثلث إلا بالإجازة - وهو الرأي المجمع عليه - فهو ما رواه الجماعة، من حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه، فقد قال: جاءني رسول الله ﷺ، يعودني من وجع اشتد بي، فقلت يارسول الله: إني قد بلغ بي من الوجع ما ترى، وأنا ذو مال، ولا يرثني إلا ابنة لي. أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: «لا» قلت: فالشطر؟. قال: «لا». قلت: فالثلث يا رسول الله؟ قال: «الثلث والثلث كثير إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس»(١).

وفي لفظ: عادني رسول الله ﷺ في مرض، فقال: «أأوصيت؟» قلت: نعم قال. «بكم؟». قلت: بمالي كله في سبيل الله. قال: «فما تركت لولدك؟». قلت: هم أغنياء. قال: «أوص بالعشر». فما زال يقول. وأقول، حتى قال: «أوص بالثلث، والثلث كثير»(٢).

وفي لفظ آخر عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: - قال رسول الله ﷺ: «إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم»(٣) - وزيد في بعض الروايات -: «فضعوه حيث شئتم»، أو حيث أحببتم».

وقد دل حديث سعد، وما روي بمعناه من الآثار الكثيرة: على أن المراد من الوصية في الكتاب، من قوله تعالى: ﴿... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ...﴿١١﴾﴾ [النساء] الوصية بما لا يتجاوز الثلث؛ ذلك لأنها في هذه الآية: الوصية ببعض المال؛ بدليل قوله تعالى قبلها:

﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا ﴿٧﴾﴾ [النساء]؛ إذ لو جازت الوصية

(١) رواه البخاري (٢٧٤٢)، ومسلم (٣/ ١٢٥٠)، وابن ماجه (٢٧٠٨)، والترمذي (٢١١٦)، والنسائي (٦٣١٩)، وأبو داود (٢٨٦٤).
(٢) رواه الترمذي (٩٧٥).
(٣) رواه ابن ماجه (٢٧٠٩).

بجميع المال -وكان ذلك مراداً من الوصية في هذه الآية - لم يكن فيه للرجال نصيب وللنساء نصيب؛ إذ لا يبقى منه شيء بعدها لهم: فكان المراد بها لذلك الوصية ببعض المال، حتى يكون فيه نصيب للرجال ونصيب للنساء جمعا بين الآيتين. وبذلك صار لفظ الوصية في الآية مطلقا، والمطلق قابل لأن يقيد ويبين. وقد جاءت السنة بهذا التقييد والبيان، وأن المراد بها: الوصية في حدود الثلث. وعلى هذا انعقد إجماع الفقهاء.

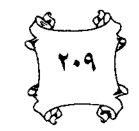
ومن هذا يظهر أن الوصية في آية المواريث لم تقيدها ابتداء السنة، وإنما قيدت أولا بالكتاب، ثم جاءت السنة ثانيا.

أما الوصية بما زاد على الثلث للأجنبي - فقد اختلف في حكمها الفقهاء، ذهب أهل الظاهر، والمزني من الشافعية، وابن عبد الحكم من المالكية، وعبد الله بن شبرمة، والأوزاعي: إلى أنها باطلة: سواء أكان للموصي ورثة أم لا وهي رواية عن أحمد، وعن مالك.

وذهب ابن مسعود، والحسن البصري. وإسحق بن راهويه، وربيعة الرأي، وحماد بن أبي سليمان، وابن أبي ليلى، وعبد الملك بن يعلى: إلى نفاذها - حين لا يكون للموصي ورثة، وعدم نفاذها - إذا كان له ورثة؛ محافظة على حقوقهم. ويلزم ذلك أن تنفذ عندئذ بإجازتهم، لتنازلهم حينئذ عن حقهم ولهم ذلك.

وعن هذا - ذهب الحنفية، وجمهور المالكية، والشافعية والحنابلة، والزيدية، والشيعة الإمامية: إلى أن الوصية بما زاد على الثلث ليست باطلة، ولكنها صحيحة متوقف نفاذها على إجازة الورثة - إن كانوا. فإن لم يكن للموصي ورثة نفذت بدون توقف على إجازة أحد.

وعليه: إذا أوصى شخص بما يزيد على ثلث تركته نفذت وصيته في الثلث، وتوقف فيما زاد عليه. فإن أجازها فيه جميع الورثة نفذت فيه أيضا وإن رفضوها فيه بطلت. وإن أجازها بعضهم، ورفضها الآخرون نفذت فيما يخص المجيز، وبطلت فيما يخص الرافض منهم.



أما إذا لم يكن للموصي ورثة فإنها تنفذ فيه. ذهب إلى ذلك الحنفية والحنابلة. وهو قول عند الشافعية.

ويلاحظ أن بعض الفقهاء - كالشافعية - يجعلون بيت المال من الورثة - ويرون: أن استحقاقه التركة - إذا ما استحقها - إنما هو بطريق الوراثة، وبناء على ذلك إذا كان مآل مال الموصي هو بيت المال لم يكن في الإمكان نفاذ وصيته بما زاد على الثلث، إذ إن ذلك يتوقف على إجازة القيم على بيت المال، وهو لا يملك ذلك باعتباره قيما، أو ناظرا عليه، لأن الإجازة ضارة بمصلحته فلا تنفذ عليه.

وجمهور المالكية قد ذهبوا إلى هذا الرأي أيضا: وهو بطلان وصيته إذا كان مآل ماله بيت مال المسلمين. ومنهم من يشترط في ذلك أن يكون الإمام عدلا.

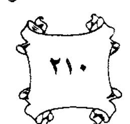
احتج الأولون: بحديث سعد بن أبي وقاص الذي رويناه. فقد نهاه الرسول ﷺ عن الإيصاء بما يزيد على الثلث. فكان الإيصاء به بعد النهي معصية ولا وجود لعقد هو معصية. فكانت الوصية بما يزيد على الثلث لذلك باطلة. ويؤيد ذلك ما روي: أن رجلا من الأنصار أوصى عند موته بعتق ستة أعبد له، لا مال له سواهم، فدعاهم رسول الله ﷺ فأقرع بينهم، فأعتق اثنين وأبقى في الرق أربعة[1].

وقد افترق أصحاب هذا الرأي فرقتين: - ذهبت إحداهما: إلى أن إجازتها من الورثة باطلة كذلك لا يرتب عليها أثر، لأن الباطل لا ينقلب بالإجازة صحيحا.

وثانيتهما: إلى أن إجازتهم إياها تعتبر عطية مبتدأة من الورثة، فيتملك الموصى له ما أوصى له به بهذه الإجازة، لا بالوصية. ومن هؤلاء بعض المالكية، وبعض الشافعية.

---

(١) رواه مسلم (٣/ ١٢٨٨)، والترمذي (١٣٦٤)، وابن ماجه (٢٣٤٥).



وناقش الجمهور هذا الاستدلال - فمنعوا أن نهي الرسول ﷺ في حديث سعد عن الوصية بما زاد على الثلث يقتضي بطلانها، ذلك لأنه حين نهى عنها بين علة هذا النهي بقوله: «إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس»(١) أي يسألونهم بأكفهم، أو يسألونهم الكفاف، أو ما يكف جوعهم. فذكر أن العلة هو حق الورثة في أن يستغنوا بهذا المال عن سؤال الناس، وذلك بأن يكون لهم مال ينفقونه في حاجتهم. والنهي عن التصرف في مال لتعلق حق الغير به إنما يقتضى عدم نفاذ هذا التصرف - ما تمسك صاحب الحق بحقه. فإذا ما تنازل عنه بإجازته وجب أن ينفذ. ألا ترى أنه ﷺ منع الوصية للوارث في هذا المال مراعاة لهذا الحق أيضا. ونص على نفاذها إذا رضي بها الورثة. فقال فيما رواه ابن عباس رضي الله عنه مرفوعا: «لا تجوز الوصية لوارث إلا أن يشاء الورثة»(٢). والنهي على هذا الوضع لا يقتضي بطلان الوصية، وإنما يقتضي صحتها، ووقف نفاذها على إجازة الورثة إياها. فإذا أجازوها نفذت.

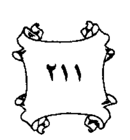
ويدل على هذا أيضا قول ابن مسعود لبعض أهل الكوفة: إنكم من أحرى حي بالكوفة أن يموت أحدكم فلا يدع عصبة ولا رحما فلا يمنعه - إذا كان ذلك - أن يضع ماله في الفقراء والمساكين. وما رواه ابن سيرين عن عبيدة السلماني، قال: إذا مات الشخص وليس عليه عقد لأحد، ولا عصبة يرثونه - فإنه يوصي بماله كله حيث شاء. إلى غير ذلك من الآثار الواردة عن السلف دالة على أن النهي عن الوصية بأكثر من الثلث إنما كان لتعلق حق الورثة بالتركة:

ويدل عليه أيضا ما رويناه فيما مضى عن أحمد من أنه ﷺ قال: «إن الله تعالى تصدق عليكم عند موتكم بثلث أموالكم» - إلى آخر الحديث(٣) - فإن إعطاء الشخص ثلث ماله ليكون محلا لصدقته يدل على أن الثلثين لغيره، وهم ورثته.

(١) رواه البخاري (١٢٩٥).

(٢) رواه البيهقي (١٢٣١٤).

(٣) سبق تخريجه ص (٢٠٨).

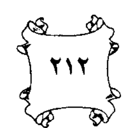


ويرد الأولون ذلك: بأن الرسول ﷺ لم يبين علة نهيه عن الوصية بما زاد على الثلث في حديث سعد، وليس في حديث سعد ما يدل على أن علة النهي تعلق حق الورثة بالتركة. وقوله ﷺ إنك أن تذر... إلخ جملة مستقلة ليست لبيان علة النهي، بل لتوجيه النظر إلى ما ذكره الرسول ﷺ من أن الثلث كثير، وأنه لذلك يجب أن يراعي الشخص حال ورثته: فإذا كانت حالهم تدعو إلى النقص عنه لفقرهم وحاجتهم - وجب أن ينقص عنه، بل إذا كانت حالهم تدعو إلى ترك المال جميعه لهم فعل ذلك، لأن إغناءهم عند فقرهم خير من الإيصاء.

وليس في حديث النهي عن الوصية للوارث دليل على ما زعموه من العلة؛ لأن النهي عنها إنما كان لإيثار بعض الورثة على بعض، وما يورثه ذلك من البغضاء والنفرة بينهم. وليس فيما أثر عن الصحابة دليل، إذ لا شرع لهم ولا حكم. وحديث أحمد يدل على منع الوصية في الثلثين، وليس فيه ما يدل على جوازها في شيء منهما.

ولو سلم بأن حديث سعد تضمن علة النهي - فعلة النهى التي تضمنها هي إغناء الورثة عن السؤال، وذلك يستلزم جواز الوصية بكل المال - إذا كان الورثة أغنياء، موفوريّ الغنى، ليس بهم حاجة إلى سؤال الناس. وأن يمنحوا الوصية بشيء ما من التركة إذا كانوا فقراء لا تسد تركته حاجتهم. وهذا ما لم يذهبوا إليه. فدل ذلك على أن العلة ليست حاجة الورثة إلى التركة ولا حقهم فيها وإنما ذلك شرعة شرعها الله لعباده، وعلى وفقها يجب أن يصدر تصرفهم.

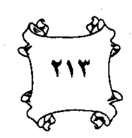
وقد كان له: أن يمنع مثل هذا التصرف مرة فلا تجوز الوصية أبدا؛ لأنها تصرف في مال آل إلى الغير، وأن يجعلها نافذة في كل المال؛ لأنها تصرف في مال مملوك له وقت إنشاء التصرف، ولكنه توسط بين الحكمين؛ فأجاز الوصية في ثلثه دون الثلثين.



ويقول الجمهور: إذا كان للإنسان أن يتصدق في حياته بجميع أمواله، دون أن يمنع من هذا التصرف، وكان له ذلك في الحال، فكذلك يجوز له أيضا - إذا أضافه إلى ما بعد وفاته. فإنه حين تصرف في الحالين تصرف في خالص حقه. والتصرف إذا كان منجزا لا يمس حق أحد - ينفذ، وكذلك إذا كان مضافا إلى وقت لم يتعلق فيه حق لأحد في هذا المال. وذلك ظاهر بين - إذا توفي الموصي وليس عليه دين، ولا وارث له.

أما إذ توفي مدينا، أو كان له وارث - فإن نفاذ الوصية في هذه الحال يمس حق الدائن، أو حق الوارث في هذا المال؛ فيوقف نفاذ الوصية لذلك فإذا أبرأ الدائنون الميت من ديونهم، أو أجاز الورثة الوصية بما زاد على الثلث - وجب أن تنفذ الوصية لصدورها من أهل لها في محلها، مع عدم المانع من النفاذ حينئذ. وذلك أصل عام في كل التصرفات.

وجميع شرائع المعاملات المالية إنما شرعت لعلل وأغراض ترجع إلى توفير المصالح للناس، ولم يشرع شيء منها تعبدا حتى يقال: تلك شرعة يجب أن تنفذ كما شرعت، دون بحث عن علتها. وقد كان التوارث بالحلف والعقد ثابتا في صدر الإسلام، وأقره الكتاب الحكيم، بقوله تعالى: ﴿...وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ ...(٣٣)﴾ [النساء] ثم أنزل الله بعد ذلك: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ ...(٧)﴾ إلى آخر الآية. وفصل ذلك بما أنزل من آيات المواريث التي بينت حصة كل وارث في التركة، فقدم بذلك حقوق هؤلاء على أولئك. ثم نزل قوله تعالى: ﴿...وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ ... (٦)﴾ [الأحزاب] فجعل بذلك ذوي الأرحام أولى من الخلفاء عند الاجتماع، دون أن يبطل ميراثهم. فإذا لم يكن للمتوفى ذوو أنساب - كان له أن يجعل ماله كله على ما كان عليه قبل نزول آيات المواريث بين من يريد بحلف أو وصية؛ لأنهما متماثلان - ولقد أنزل الله آيات المواريث، وذكر فيها: أن مواريثهم من بعد وصية يوصي بها المتوفى، فتناولت الوصية بكل



المال، ولم يقيدها كما سبق إلا آيات المواريث. فإذا لم يكن له ورثة بقيت الآية على إطلاقها، وجازت لذلك الوصية بجميع المال.

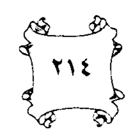
وبهذا الرأي أخذ قانون الوصية - راجع المادة ٣٧ من القانون ٧١ سنة ١٩٤٦.

وإلى هذا يرى: أن استحقاق بيت المال لتركة المتوفى إذا لم يكن له وارث ليس على سبيل الوراثة؛ بدليل أنه لا يحجب في الاستحقاق منه أصل فرعه، بل يعطى منه الأصل وفرعه في وقت واحد؛ وبدليل أنه لا تجب فيه التسوية ولا التعميم بين الطالبين. وإنما هو مستودع لأموال المسلمين مما ليس لها مستحق معين؛ لتكون تحت تصرف الإمام يضعها حيث شاء في مصالحهم. وإذا كان هذا مصير مال المتوفى - إذا لم يكن له وارث - كان نفاذ تصرفه فيه بالوصية أولى بالجواز من وضعه في بيت المال، يتصرف فيه غيره.

وصية الذميين بأكثر من الثلث:

وتقييد الوصية بالثلث حكم يعم المسلمين والذميين وذلك بدلالة المادة ٣٧ من القانون، وهو ما ذهب إليه الجمهور من الفقهاء. ذلك لأنهم يرون: أن الذميين، مخاطبون بفروع الشريعة، وذلك منها. وهو رأي الصاحبين، ورأي الشافعية، وظاهر مذهب الحنابلة.

وجاء في المبسوط للسرخسي، والهداية، والزيلعي، وغيرها من كتب الحنفية - نسبة هذا الرأي إلى الحنفية، دون تخصيصه بأنه مذهب الصاحبين وهذا الصنيع وإن كان ظاهره أن ذلك هو مذهب الإمام أيضا، غير أن تعليله المذكور لا يتسق إلا مع مذهب الصاحبين؛ لأنهما يقولان: إن الذميين مخاطبون بفروع الشريعة. أما الإمام فلا يرى ذلك، ويأبى مذهبه هذا التعليل. وقياس مذهبه يقتضى أن يكون هذا الحكم مقيدا بما إذا اعتقدوه، أو لم يكن لدينهم حكم فيه. أما إذا اعتقدوا جوازه فينبغي أن يكون قوله هو جواز صحة وصيتهم بالزيادة على الثلث جريا على أصله.



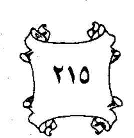
فقد جاء في أصول البزدوي وشرحه كشف الأسرار، وفي المنار وشروحه، وفي التوضيح والتلويح، وفي المرآة وحواشيها، وغيرها من كتب أصول الحنفية، وفي المبسوط للسرخسي - أن أبا حنيفة يرى أن الذميين إذا اعتقدوا حكما من الأحكام على خلاف ما ثبت في الشريعة الإسلامية - فإن ذلك لا يعتبر - إذا ما كان هذا الحكم يتعدى إلى غيرهم، أو كان مما لا يحتمل التبدل والتغير. أما في الأحكام التي تحتمل التبدل والتغير - فإن ديانتهم به تكون معتبرة، ودافعة للتعرض لهم فيما يدينون به، كما تكون دافعة أيضا لبلوغ دليل الشرع إليهم في حق أحكام الدنيا؛ فلا يثبت الخطاب في حقهم لقصوره عنهم، وعدم تناوله لهم، ويكون في حقهم كأنه غير نازل، ويعتبرون أنهم باقون على الجهل به.

هذه خلاصة ما جاء في عامة الكتب: سواء أكانت كتب أصول أم كتب فروع.

وفي التوضيح والتلويح: أن المراد من ديانتهم ما كان شائعا من دينهم متفقا عليه فيما بينهم: سواء أوردت به شريعتهم أم لم ترد. وسواء أكان حقا أم باطلا: كنكاح المحارم في دين المجوس. ولكن إذا اتفقوا في أمر على غير ما ورد في شريعتهم - فإن ذلك يكون فسقا لا تدينا، ولا يكون دافعا: كاليهود استحلوا الربا وهو محرم عليهم في التوراة. كما أنه لا عبرة باعتقاد يعتنقه بعضهم دون بعض.

وبناء على هذا الأصل نص القاضي أبو زيد الدبوسي: على أن عقود المعاملات الخاصة التي لا يتعدى شرها إلينا يعاملون فيها بأحكام دينهم وأطلق القول في ذلك، ولم يقصره على الأنكحة والأشربة، بل أوردها مورد التمثيل.

والمفهوم أن الوصية من العقود الخاصة التي لا يتعدى شرها إلينا، ويعامل أهل الذمة فيها بأحكام دينهم، إذ لا فرق بينها وبين الأنكحة الفاسدة



وبين بيع الخمر والخنزير وهبتهما. ولو لم تكن الوصية من التصرفات الخاصة ما ذهب الإمام إلى صحة وصيتهم بالخمر والخنزير فيما بينهم.

وإذا كان الفقهاء الذين أشرنا إليهم لم يذكروا خلافا في منع الذمي من الوصية بأكثر من الثلث - فإنهم لم ينصوا على أنه حكم متفق عليه بين الإمام وصاحبيه، وليس هذا بأول حكم كان محل خلاف، ثم أطلق القول فيه، ولم يشر إلى هذا الخلاف.

وعلى أية حال فقد أخذ القانون بمذهب الجمهور في ذلك وقد بيناه.

أما المالكية فلهم في ذلك تفصيل: وهو جواز الوصية بما زاد على الثلث إذا كان مآل تركته إلى ورثته الذميين؛ أو إلى أهل ملته. أما إذا كان مآلها إلى بيت مال المسلمين - فلا تنفذ وصيته إلا في الثلث مراعاة لحق المسلمين.

وصية المستأمن بأزيد من الثلث

أما بالنسبة للمستأمن - فقد ذكر الزيلعي أن وصيته بالزائد على الثلث جائزة، إذ ليس لورثته حق مرعي عندنا، ولأن حرمة ماله مصدرها الأمان الذي أعطى له، وهو مقصور عليه - وقيل: إذا كان ورثته يقيمون معه في ديارنا لم تجز وصيته هذه حينئذ. وهذا هو مقتضى التعليل السابق. وظاهر ما في الهداية: إطلاق الجواز، ولكن بعض شروحها عاق عليها بما يفيد تقييده بما ذكرنا، بناء على تعليلها.

وظاهر ما في كتب الشافعية من إطلاق: أن حكم وصية المستأمن عندهم بأكثر من الثلث كحكم وصية المسلم بذلك. وكذلك يظهر مما جاء في كتب المالكية: أن وصيته عندهم حكمها حكم وصية الذمي عندهم على التفصيل المار.



ما تبطل به الوصية

عرفنا فيما سبق - أن الوصية عقد أساسه: إيجاب الموصي المضاف إلى ما بعد موته، وأن هذا محل اتفاق بين الفقهاء على اختلاف مذاهبهم. ولكنهم اختلفوا فيما وراء ذلك من أحكام:

فمنهم من ذهب إلى أنها تتم بهذا الإيجاب بمجرد وفاة الموصي مصرا عليها.

ومنهم من ذهب إلى أن الإيجاب أحد ركنيها، أو أحد أركانها، وأن قبول الموصى له إياها ركن آخر من أركانها.

ومنهم من ذهب إلى أنه شرط لا ركن. وذلك ما فصلناه فيما سبق.

وهم مع هذا الخلاف متفقون: على أن للوصية بهذا الإيجاب وجودا حال حياة الموصي - متى صدر مستوفيا جميع شروطه التي ذكرناها فيما سبق؛ ولذا قالوا: إن من حلف ألا يوصي لفلان بشيء يحنث بمجرد إيجابه بالوصية له. دون انتظار لوفاة الموصي، ودون انتظار لصدور قبول من الموصى له.

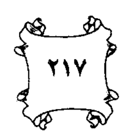
وهذا الوجود الذي يكون للوصية حال حياة الموصي بناء على صدور الإيجاب بها صحيحا - إنما يظهر أثره بعد وفاة الموصي ما ظل قائما، لم يطرأ عليه بعد ذلك سبب من الأسباب التي تبطله. فإذا بطل لسبب من هذه الأسباب لم يكن له أثر بعد ذلك، وكأنه لم يوجد، ولم يكن للوصية وجود بعد ذلك.

وأسباب بطلان هذا الإيجاب على سبيل الإجمال هي:

١- الرجوع عن الوصية، أو عن إجازتها عند بعض الفقهاء.

٢- زوال أهلية الموصي بعد الوصية بالجنون، أو بالعته.

٣- إحاطة الدين بتركة الموصي عند وفاته، ودفعها فيه.



٤- وفاة الموصى له حال حياة الموصي، أو بعد وفاته قبل وجود الموصى به - إذا كان معدوما.

٥- تعذر وجود الموصى له - إذا كان معدوما، وعلى أمل أن يوجد.

٦- تغير شريعة الموصى له عند وفاة الموصي بما يمنع وصيته لمثل الموصي.

٧- قتل الموصى له للموصي.

٨- رد الموصى له الوصية.

٩- هلاك الموصى به قبل تمام الوصية أو تغيره.

١٠- استحقاق الموصى به.

١١- انقضاء وقتها حال حياة الموصي عندما تكون مؤقتة.

١٢- ردة أحد طرفيها على ما سبق بيانه.

شرح هذه الأسباب:

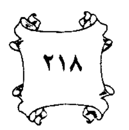
أولا: الرجوع عن الوصية، أو عن إجازتها عند بعض الفقهاء:

إذا صدر الإيجاب بالوصية - لم يجب على صاحبه أن يمضي فيه، وكان له أن يرجع عنه - ما دام حيا - ذهب إلى ذلك جميع الفقهاء، ولم يشذ عن ذلك إلا بعض فقهاء الإباضية. فقد ورد في شرح النيل: أن في رجوع الموصي عن وصيته قضاء قولين: أحدهما - جواز الرجوع له عنها قولا وفعلا. وهذا هو الأرجح. ثانيهما - عدم جواز ذلك؛ لأن وصيته وعد والوفاء بالوعد واجب(١).

وإنما جاز الرجوع عنها، لأن ما يصدر من الموصي: إما إيجاب منفرد لم يقترن به قبول - وإذا كان من الجائز الرجوع عن مثله في عقود المعاوضات قبل قبوله - فأولى بهذا الحكم الوصية؛ لأنها عقد تبرع - وإما عقد تبرع من

---

(١) شرح النيل جـ٦ ص ٣٨٢، ص ٣٣٨.



جانب واحد - أضيف إلى ما بعد الموت - لم يترتب عليه حال حياة الموصي حق مستقر لأحد، ولم ينته به ملك الموصي، فكان له بذلك حق العدول عنه، إذ ليس على المحسنين من سبيل.

وإذا كان عقد الهبة بعد تمامه وإفادته الملك - عقدا غير لازم، حتى كان للواهب أن يرجع فيه عند عدم المانع من ذلك - فالوصية أولى بهذا الحكم - حال حياة الموصي، لأنها مجرد تبرع، لم يترتب عليه أثر في هذه الحال.

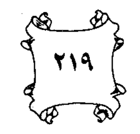
وهذا التعليل إنما يتم على رأي الجمهور من الفقهاء الذين يجوزون الرجوع في الهبة. أما على رأي مالك - فإن الوصية تخالف الهبة؛ ذلك لأن الهبة إنما تتم بين طرفين فكان الواهب ملتزما بعقده مع الموهوب له، فلزمه أن يمضي فيه وفاء لعقده مع غيره. أما الوصية حال حياة الموصي فهي التزام من جانب واحد، أضيف إلى ما بعد الموت، في وقت يصير فيه الموصى به ملكا للوارث، فكان من الضعف بحيث يظهر فيه أثر الملك القائم، وذلك بجواز رجوع المالك عما التزم به.

وإذا التزم الموصي ألا يرجع في وصيته لم يكن لهذا الالتزام أثر عند الجمهور، وكان لاغيا. وللمالكية في ذلك رأيان: أحدهما كرأي الجمهور. وثانيهما يقضي بأنه يلزم ذلك، فلا يكون له حق الرجوع، لأن المؤمنين عند شروطهم - لحديث: «المؤمنون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما، أو حرام حلالا»(١). والرأي الأول هو المعتمد عند المالكية. وإن كان الرأي الثاني قد صحح أيضا. فقد ذكر القسروي في جواب له عن سؤال يتعلق بذلك. أن الذي عليه الفتوى ومضى به القضاء عند المتأخرين - هو عدم الرجوع. وبه قال شيخنا العبد سي، وتبعه آخرون من بعده(٢).

---

(١) عن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما، والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما». رواه الترمذي (١٣٥٢).

(٢) راجع الشرح الكبير للدردير والدسوقي عليه جـ٤ ص ٤٢٨.



وإذا توفي الموصي مصرا عليها لزمت بالنسبة لورثته اتفاقا، .ذلك حكمها بالنسبة إلى الموصي.

أما بالنسبة إلى الموصى له - فقد ذكرنا فيما سبق: أن للموصى له أن يبطلها بردها بعد وفاة الموصي عند جمهور الفقهاء، خلافا لزفر على أحد قوليه، ومن ذهب هذا المذهب من الفقهاء. كما له أن يبطلها بردها حال حياته عند زفر، ومن أخذ بهذا الرأي - خلافا للجمهور. وقد أشرنا إلى ذلك عند كلامنا على القبول والرد.

وعلى ذلك: فالوصية غير لازمة بالنسبة للموصى له عند الجمهور - حتى يقبلها بعد وفاة الموصي. فإذا قبلها لزمت فلا يستطيع أن يردها إلا باتفاقه مع وارث الموصي عند الحنفية - على ما شرحناه فيما سبق.

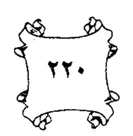
آراء الفقهاء فيما يعد صدوره من الموصي رجوعا عن وصيته:

يرى الحنفية: أن للموصي أن يرجع عن وصيته. وأن رجوعه عنها قد يكون صريحا. وذلك بالقول الدال على ذلك وضعا، وقد يكون دلالة، وذلك يكون بكل قول أو فعل يفيد رجوعه عنها بطريق اللزوم، وليس في ذلك خلاف بين الفقهاء.

فالقول الدال على الرجوع - مثل قول الموصي: عدلت عن وصيتي، أو أبطلتها، أو رغبت عنها، ونحو ذلك. وهذا ما يعد رجوعا صريحا - ومثل قول الموصي: إني راغب في بيع ما أوصيت به. وذلك ما يدل على رجوعه بطريق اللزوم. ومثله أن يساوم فيه غيره فيطلب فيه ثمنا معينا، أو يوكل آخر ببيعه. أو يوجب فيه بيعا أو هبة - وإن لم يقبل من وجه إليه الإيجاب، أو يجحد الوصية به. وفي اعتبار جحود الوصية رجوعا عنها خلاف هذا بيانه:

جحود الوصية:

إذا جحد الموصي وصيته كان ذلك منه رجوعا عنها. وهكذا ذكر في الأصل دون إشارة إلى خلاف في ذلك.



وجاء في الجامع: إذا أوصى بثلث ماله لرجل، ثم قال بعد ذلك: اشهدوا أني لم أوص لفلان بقليل ولا بكثير - لم يكن هذا رجوعا منه عن وصية فلان - ولم يشر إلى وجود خلاف في ذلك.

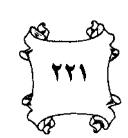
وذكر المعلى في نوادره: قال أبو يوسف في رجل أوصى بوصية، ثم عرضت عليه من الغد فقال: لا أعرف هذه الوصية.

- قال: هذا رجوع منه. وكذلك إذا قال: لم أوص بهذه الوصية. قال: وسألت محمدا عن ذلك، فقال: لا يكون الجحد رجوعا. ثم أشار بعد ذلك إلى مسألة الجامع السابقة، وإلى أنه لم يذكر فيها خلافا.

وذكر صاحب المبسوط. أن الأصح أن الجحود يعد رجوعا عند أبي يوسف، ولا يعد رجوعا عند محمد - وعبارة الأصح تدل على وجود خلاف في ذلك - وجوز الكاساني أن يكون في اعتبار الجحود رجوعا روايتان:

وعلى أية حال - فقول الموصي: لا أعرف هذه الوصية، أو لم أوص أو اشهدوا أني لم أوص بقليل ولا بكثير - نفي لوجودها في الحال أيضا، لأن عدم وجودها قبل هذا النفي - يستلزم عدم وجودها عنده. وهذا القدر فيما يظهر كاف في فسخ الوصية وإبطالها، إذ فسخها يتم بعبارة تدل على عدم الرضا بها وبآثارها. ولا شك أن الإقدام على نفيها في الحال - وإن كان كذبا - يدل على ذلك. فكان من الظاهر: أن الجحود يتم به الرجوع لذلك بطريق الدلالة.

وجه قول أبي يوسف في اعتباره رجوعا: أن الموصي بجحوده ينفي وجود الوصية في الماضي، ومن لازمه - نفي وجودها في الحال أيضا. فكان جحوده رجوعا عنها دلالة كما بينا، ويقوي ذلك أن ما يثبت بضرورة النص مثل ما يثبت به في وجوب الاعتداد به والعمل، وأن الموصي يملك نفي الوصية وإبطالها حالا، وإن كان لا يملك نفيها فيما مضى - إذا ما حدثت فعلا. فليكن ذلك من استعمال الشيء في لازمه.



ووجه قول محمد في عدم اعتباره رجوعا: أن الرجوع عن الوصية يلزمه سابقة وجودها، إذ لا يتصور الرجوع عن معدوم لم يوجد. وجحودها إن كان لوجودها فيما مضى قطعا، فلا يمكن أن يعد رجوعا دالا على وجودها فيما مضى.

ولهذا لم يكن جحود النكاح طلاقا. وإذن يكون جحود الوصية بعد وجودها كذبا محضا لا يتعلق به حكم، كالإقرار الذي يدل الواقع على كذبه - وبهذا جاءت المتون. فجرى عليه الكنز والوقاية. وذكر في مجمع الفتاوى أن عليه الفتوى. وكذلك ذكر في العيني على الكنز، ثم نقل عن العيون: أنه يعد رجوعا، وعن السراجية: أن الفتوى على ذلك. وذكر صاحب البحر: أن قد اختلف التصحيح والإفتاء في ذلك، وأن العمل بما جاء في المتون أولى[1].

هذا، ومما ينبغي ملاحظته: أن ذلك الخلاف إنما هو في جحود يدل على النفي فيما مضي. أما إذا دلت العبارة على النفي في الحال - كأن يقول الموصي ليس لي في ذلك وصية منذ الآن - فإن ذلك يعد رجوعا باتفاق قولا واحدا. وقد أشار إلى ذلك الشلبي في حاشيته على الزيلعي.

وقد أخذ قانون الوصية - كما سيأتي بيان ذلك - بقول محمد، ولكنه وقف موقفا وسطا بين القولين فذهب إلى أن الجحود لا يعد رجوعا إلا إذا دلت قرينة، أو عرف أن الموصي قد عمد إلى هذا الجحود قاصدا به الرجوع في وصيته.

واشتراط القانون لهذا الشرط - اشتراط يساير القواعد العامة في ذلك.

الرجوع عن الوصية بالفعل:

يرى الحنفية: أن الرجوع عن الوصية بالفعل يكون بما يأتي:

---

(١) راجع ابن عابدين جـ٥ ص ٤٧٨ طبعة الحلبي.

أولا: بكل فعل إذا فعله الإنسان في ملك غيره عن اعتداء منه عليه انقطع به حق مالكه، ووجبت له قيمته أو مثله. فإذا فعله الموصي فيما أوصى به عد ذلك رجوعا منه عن وصيته؛ لأنه إذا كان حق المالك ينقطع به عما يملك فأولى أن ينقطع به تصرف لم يتم.

ويتناول هذا كل ما تتغير به العين تغيرا يزول بسببه اسمها، ومعظم منافعها كطحن البر، وخبز الدقيق وغزل القطن، وصنع النحاس آنية، وجعل القماش ثوبا، وذبح الشاة. فكل هذه الأفعال إذا أتاها الموصي في الموصى به كان ذلك منه رجوعا عن وصيته[1].

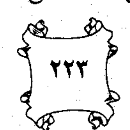
وكذلك يتناول: الإقدام على خلط الموصى به بغيره من جنس آخر على وجه يتعذر معه فصله منه إلا بحرج: كأن يكون الموصى به برًا فيخلطه بشعير، أو أرزا فيخلطه بحلبة، إذ بذلك يمتنع تسليمه. فصار في حكم الاستهلاك. ولكن إذا خلطه بجنسه وكان الموصى به مثله في الجودة، أو أجود منه لم يعد هذا رجوعا. وأما إذا كان أقل جودة منه فأصح القولين أن ذلك يعد رجوعا؛ إذ العادة تقضي بأن يضن الإنسان على غيره بما هو أجود مما أعطاه.

وكذلك يتناول: استهلاك العين الموصى بها. كأن يكون الموصى به حيوانا فيغرقه، أو آنية فيكسرها.

على أن بطلان الوصية في هذه الحال يأتي أيضا من ناحية أخرى، هي زوال محل الوصية.

ثانيا - بكل تصرف يترتب عليه زوال ملك الموصي عن الموصى به، أو يترتب عليه حقا لازما للغير قد يباع فيه. ذلك لأن إخراج الموصى به من ملكه يمنع مضاء الوصية ونفاذها، إذ لا تنفذ إلا إذا ظل الموصى به على ملك الموصي إلى وفاته. وكذلك إذا رتب عليه حقا لازما قد يباع فيه - وبناء على

(١) راجع تبيين الحقائق للزيلعي جـ٥ ص ٢٢٦ من كتاب الغصب.



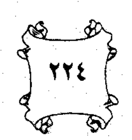
ذلك: إذا باع الموصي ما أوصى به، أو وهبه، أو وقفه كان ذلك منه رجوعا. ولا تعود الوصية إذا عاد الموصى به إلى ملك الموصي مرة أخرى، سواء أعاد إلى ملكه بسبب جديد، أم بانفساخ سبب خروجه من ملكه، لأنها إذا بطلت انعدمت وكأنها لم تكن. ويرى المالكية: أنه إذا عاد الموصى به إلى ملك الموصي عادت الوصية؛ سواء أعاد بسبب مستقل، أو بانفساخ السبب المزيل للملك.

ولا فرق في ذلك بين عقد لازم كالبيع، وغير لازم كالهبة، ولا بين عقد شرط فيه خيار، وعقد لم يشرط فيه خيار، لأن إقدام الموصي على ذلك دليل إرادته الرجوع في وصيته - وكذلك إذا أقدم على رهن الموصى به في دين فرهنه فيه، إذ إن ذلك قد يؤدي إلى بيعه في الدين فكأنه في حكم إخراجه من ملكه، ولا تعود الوصية مرة أخرى بفكاكه، وذهب مالك وبعض الشافعية إلى أن رهن الموصى به لا يعد رجوعا عن الوصية.

أما إقدامه على إجارة الموصى به لغيره أو إعارته إياه فإنه لا يعد رجوعا لبقاء ملكه في هذه الحال.

ثالثا - بكل فعل يوجب زيادة في الموصى به لا يمكن تسليمه إلا بها. فإذا زاد الموصي في الموصى به زيادة لازمة، لا يمكن أن يسلم بدونها - عدّ ذلك منه رجوعا عن وصيته، ذلك لأن إقدامه على زيادة الموصى به زيادة لازمة مستقرة يختص بها الموصي حال حياته، وتنتقل من بعده إلى ورثته - يدل على احتفاظه بمحلها لنفسه؛ إذ لا يمكن تسليمه إلا بها. وذلك يعد منه رجوعا عن وصيته.

أما إذا كانت هذه الزيادة مما يمكن فصلها - فإن زيادتها لا تأثير لها في الوصية. وكذلك إذا كانت زيادة في التابع كتجصيص الدار، لأنها تعد تصرفا في التابع: كهدم بناء الدار الموصى بها، وغسل الثوب الموصى به. فكل ذلك لا يعد رجوعا في الوصية.



وعلى ذلك إذا أوصى بقطعة أرض فضاء فبناها منزلا، أو زرع فيها بستانا - أو بدقيق فلتَّه بسمن، أو بسمن فلتَّ به دقيقا، أو بقطن فحشا به، أو بقماش فخاطه ثوبا. فإن ذلك كله يعد منه رجوعا عن وصيته.

وإذا زرع الأرض الموصى بها برا أو قطنا، أو انتفع بها دون زيادة لازمة لها - لم يكن ذلك منه رجوعا؛ إذ لا يمنع الموصي من أن ينتفع بما أوصى به مادام حيا.

ويرى المالكية: أن ليس كل ما يأتيه الموصي في الموصى به من فعل يعد رجوعا، بل المناط عندهم في ذلك أن يكون فعلا يتغير به اسم الموصى به فيكون له بسبب هذا الفعل اسم جديد. أما إذا لم يترتب عليه تغيير اسمه فلا يعد رجوعا، ولا تبطل به الوصية. ذهب إلى ذلك ابن القاسم، وأشهب.

وعلى ذلك عد نسج الغزل رجوعا، وكذلك غزل القطن والصوف، أو الحشو بها، وجعل القماش ثوبا، وذبح الشاة. ولم يكن بناء الأرض الفضاء رجوعا، إذ لا يتغير به اسم الأرض، وإن أخذ المجموع اسما جديدا وخالف في ذلك ابن وهب فيما رواه أصبغ. فلم يجعل المجموع المناط زوال اسم الموصى به، بل قد يزول اسمه وتبقى الوصية، ولذلك يرى الاعتماد على أن الفعل يجب أن يدل عرفا أو عادة على رجوع الموصي عن وصيته.

وإلى هذا مال بعض الشيعة الجعفرية - كما في تحرير الأحكام.

ويرى المالكية أيضا: أن زيادة الموصى به زيادة لازمة مستقرة لا تعد رجوعا، بل تكون الزيادة لورثة الموصي مع بقاء الوصية فيكونون شركاء - إذا لم يمكن فصل هذه الزيادة.

واستظهر فقهاء الشيعة أن الزيادة تعد رجوعا إذا دل الإقدام عليها بعرف أوعادة على رجوع الموصي في وصيته.

ونقل في التوضيح عن أشهب: أن من أحوال الزيادة ما يعد رجوعا: كبناء العرصة إذا ترتب على ذلك تغيير الاسم.



هذا - وانتقاص الموصى به لا يحول دون بقاء الوصية في باقيه، إلا إذا دل ذلك على الرجوع عرفا، أو عادة. وعلى ذلك إذا أوصى بقطعة أرض فباع نصفها - بقيت الوصية في نصفها الآخر. ومن الفقهاء من ذهب إلى أن الانتقاص إذا ترتب عليه زوال اسم الموصى به عن الباقي كان ذلك منه رجوعا.

وجملة القول: أن آراء الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية والحنابلة والشيعة الجعفرية، والزيدية. فيما يعد رجوعا من الموصي عن وصيته، وما لا يعد منه رجوعا - آراء متقاربة، وإن لوحظ أن لبعض الفقهاء آراء تخالف بعضهم الآخر، ذلك لأن خلافهم في هذا الموضوع إنما يرجع إلى اختلاف الأعراف والعادات، لا إلى اختلاف الأصول والقواعد والدلائل.

فالمالكية مثلا يرون: أن صبغ الثوب، ولت الدقيق بالسمن - لا يعد رجوعا، وذلك لأن عرفهم لا يقضي بذلك. ويقولون: إن ذلك أشبه شيء بتعليم الجارية الموصى بها الكتابة، أو صنعة من الصناعات.

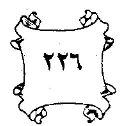
أما الحنفية، والشافعية، والحنابلة، فيرون ذلك رجوعا، لدلالته على ذلك في عرفهم.

وكذلك يرى الشافعية: أن عرض الموصى به للبيع يدل على الرجوع. ولم يذهب إلى ذلك غيرهم؛ لعدم دلالته عندهم عرفا ولو دل على ذلك في عرفهم لجعلوه رجوعا(١).

هذا ما ذهب إليه الفقهاء من الأحكام. فلننظر ما اختاره القانون منها:

---

(١) راجع المغني جـ٦ ص ٤٨٨ و ص ٤٨٤ وما بعدها وتحرير الأحكام جـ١ ص ٢٩٣ وص ٢٩٢ والمبسوط جـ٢٧ ص ١٦٣. والبدائع جـ٧ ص ٣٨٠. والفتاوى الهندية جـ٦ ص ٩٣ ونهاية المحتاج جـ٦ ص ٩٤ وما بعدها والشرح الكبير والدسوقي عليه جـ٤ ص ٤٢٨ وما بعدها. والمواق جـ٦ ص ٣٧١ وما بعدها. والمنتقى جـ٦ ص١٥٢ وجواهر الكلام جـ٥ ص ٤٩٣ والرهوني جـ٨ ص ٤٦٢ والتسولي ومنح الجليل جـ٤ ص ٦٥٣ وما بعدها والزرقاني جـ٨ ص ٢٥٤.



ما أخذ به قانون الوصية:

عقد قانون الوصية لبيان أحكام الرجوع في الوصية فصلا خاصا تضمن مادتين: (م١٨، م ١٩) أما (المادة ١٨) فهذا نصها:

يجوز للموصي الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها صراحة أو دلالة.

ويعتبر رجوعا عن الوصية كل فعل أو تصرف يدل بقرينة أو عرف على الرجوع عنها.

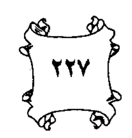
ومن الرجوع دلالة كل تصرف يزيل ملك الموصي عن الموصى به.

والفقرة الأولى تقرر ما اتفق عليه الفقهاء من أن للموصي أن يرجع في وصيته كلها، وأن يرجع في بعض ما أوصى به، فيظل الباقي منه موصى به. وأن الرجوع عن الوصية قد يكون صريحا مثل قول الموصي: رجعت عن وصيتي، أو عدلت عنها، أو نقضتها، أو نحو ذلك وقد يكون بطريق الدلالة.

ويتناول هذا: ما يصدر من الموصي بعد إيصائه من أقوال تدل بطريق اللزوم على أنه قد رجع عن وصيته، وذلك كمساومة الموصي في بيعها، أو توكيله آخر في بيعها أو إخراجها من ملكه ببيع، أو هبة، أو وقف، أو رهنا في دين عليه.

كما يتناول: ما يأتيه الموصي من فعل في الموصى به يدل على ذلك: كذبحه - إذا كان حيوانا، واتخاذه ثوبا له - إذا كان قماشا، وجعله خبزا - إذا كان دقيقا. وإقدامه على إتلافه - إذا كان آنية مثلا. وعلى إنفاقه في مصالحه - إذا كان نقودا معينة. وخلطه بغيره خلطا لا يمكن معه فصله مما خلط به - إذا كان سكراً مسحوقاً فخلطه بدقيق بر مثلا. فهذه كلها أقوال، أو أفعال تدل صراحة أو دلالة على رجوع الموصي في وصيته

والفقرة الثانية تقرر كذلك أمراً ليس محلا لخلاف الفقهاء؛ وهو أن كل فعل يصدر من الموصي بعد الوصية يدل على أنه قد رجع عن وصيته عرفا أو



بواسطة قرينة من القرائن - يعد رجوعا عنها تبطل به الوصية. وكذلك الحكم في كل تصرف يصدر منه في الموصى به. وهذا لا ينفي أن من أفعال الموصي ما يدل بذاته على ذلك: كاستهلاكه الموصى به، ودلالته على الرجوع أقوى من دلالة غيره بعرف أو قرينة «ومثل ذلك يعد رجوعا أيضا».

ويلاحظ أن من الأفعال ما قد يعرى عن قرينة، أو عرف تجعله دالا على رجوع الموصي عن وصيته، ثم هو لا يدل بذاته على ذلك - ولا شك أن مثل هذا النوع من الأفعال لا يعد رجوعا عن الوصية. وذلك: كتجصيص الدار الموصى بها، وسكنى الموصي فيها، وعمارتها عند حاجتها إلى العمارة. ومثل هذا النوع من الأفعال لا خلاف فيه بين الفقهاء - وإنما يختلفون في بعض أفعال اختلفت فيها أعرافهم على ما بينا - فمنهم من يعتبرها رجوعا، لأنها في عرفهم تدل عليه. ومنه من لا يعدها رجوعا لأنها في عرفهم لا تدل عليه.

والفقرة الثالثة تقضي بأن من التصرفات ما يعد رجوعا عن الوصية دون حاجة إلى الاستعانة في ذلك بقرينة، أو عرف، لأنها توحي بذلك بطبيعتها. وذلك كل تصرف يزيل ملك الموصي عن الموصى به.

فهذا النوع من التصرف قد اعتبره القانون دالا على الرجوع؛ سواء بعوض أم بغير عوض، وسواء أكان لازما أم غير لازم، وسواء أعاد الموصى به بعد ذلك إلى ملك الموصي أم لم يعد - لا فرق في ذلك بين أن يعود بسبب مستقل، أو يعود بفسخ السبب الذي أنهى الملك. وذلك لإطلاق العبارة في المادة.

وبناء على ذلك إذا أقدم الموصي على بيع ما أوصى به، أو على هبته، أو على وقفه - ولو كان للواقف حق الرجوع فيه كما يقضي بذلك قانون الوقف - عد ذلك منه رجوعا عن وصيته - وإن عاد بعد ذلك إلى ملكه بشراء أو بهبة أخرى، أو بفسخ العقد الذي بيع به: ولا فرق في ذلك بين أن يكون قد باعه مع اشتراط الخيار له، أو للمشتري، ذلك لأن إقدامه على هذا

التصرف وصدوره منه في قوة قوله: رجعت عن وصيتي. وإذا رجع عن وصيته لم يكن لها بعد ذلك عودة.

غير أنه يلاحظ أن الوقوف المؤقت لا يزول به ملك الواقف وعلى ذلك لا تتناوله هذه الفقرة. ويكون اعتباره رجوعا متوقفا على قرينة، أو عرف يكون معهما دالا على ذلك - كما تقضي بذلك الفقرة الثانية من المادة. كما أن رهنه في دين عليه، أو على غيره - يحتاج بحكم الفقرة الثانية في اعتباره رجوعا إلى قرينة، أو عرف يقضيان بذلك.

ومن هذا يرى أن أحكام هذه المادة مستمدة من مذهب الحنفية، ومن المذاهب الأخرى - مع ملاحظة أن من التصرفات التي لا تزيل ملك الموصي - ما يعده الحنفية رجوعا بمجرد صدوره، دون استعانة بقرينة أو عرف كالرهن.

وقد أضيف في مشروع القانون الموحد المزمع إصداره إلى هذه الفقرة: أن كل فعل يتغير به عين الموصى به تغييرا يترتب عليه زوال اسمه - يعتبر كذلك رجوعا، دون بحث عن قرينة أو عرف. وهو حكم مستمد من مذهب الحنفية كما قدمنا ذلك - عند شرحنا لمذهبهم.

وأساس هذا الحكم أن اسم الموصى به لا يتناول ما أوصى به بعد تغييره وزوال اسمه. فإذا أوصى إنسان لآخر بأخشاب فجعلها الموصي أبوابا وشبابيك، وأدخللها في بناء له - عد ذلك رجوعا. وإذا أوصى ببر فطحنه عد ذلك رجوعا. وإذا أوصى بقماش فخاطه ثوبا - عد ذلك رجوعا. وهكذا.

والواقع أن هذه الزيادة لها ما يبررها، وإن كانت من ناحية الواقع لا أثر لها؛ لأن مثل هذه التصرفات تدل عرفا وعادة على الرجوع. فكانت الفقرة الثانية متناولة لها - والذي يبررها هو النص في المادة التالية: على أن ذلك لا يعد رجوعا إلا بقرينة أو عرف يدلان على أن الموصي يقصد الرجوع بذلك.



أما المادة ١٩ فنصها:

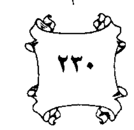
لا يعتبر رجوعا عن الوصية جحدها، ولا إزالة بناء العين الموصى بها، ولا الفعل الذي يزيل اسم الموصى به، أو يغير معظم صفاته، ولا الفعل الذي يوجب زيادة لا يمكن تسليمه إلا بها - إلا إذا دلت قرينة أو عرف على أن الموصي يقصد بذلك الرجوع عن الوصية.

وهذه المادة قد اختارت مذهب محمد في عدم اعتبار جحد الوصية رجوعا عنها - إلا إذا دلت قرينة أو عرف على أن الموصي يقصد بذلك الجحد الرجوع عنها. وقد علمت أن أبا يوسف يعتبر الجحود رجوعا لدلالته بطبيعته على الرجوع كما قدمنا. وأن محمدا يعتبره كذبا لا يتعلق به حكم ولكن لو صاحبه ما يدل على أن الموصي قد أراد الرجوع فماذا يكون رأي محمد؟ يظهر لي أنه في هذه الحال يعده رجوعا لدلالته على ذلك، واستعمال عبارته في الرجوع عن الوصية عرفا. وبهذا تكون المادة متسقة مع رأي محمد.

وكذلك أفادت المادة أن إزالة بناء الدار الموصى بها لا يعد رجوعا إلا مع قرينة أو عرف. وهذا غير ما ذهب إليه بعض الفقهاء، لأنهم يجعلون ذلك رجوعا دون بحث عن عرف أو قرينة. وكذلك الحال في الفعل الذي يزيل اسم الموصى به، وتتغير به معظم صفاته. والفعل الذي يوجب زيادة في العين لا يمكن تسليمه إلا بها فذلك يعده الحنفية رجوعا دون بحث عن قرينة أو عرف. وخالفهم في ذلك غيرهم من الفقهاء كبعض المالكية، وبعض الشيعة الجعفرية - إلا إذا دلت قرينة أو عرف علي ذلك.

وعلى هذا يرى أن القانون قد اختار مذهب الحنفية في أن هدم البناء لا يعد رجوعا. واختار مذهب بعض المالكية في الفعل يتغير به اسم الموصى به، أو في الزيادة يزيدها الموصي في الموصى به، ولا يمكن تسليمه إلا بها.

وفي رأيي: أن ما تضمنته هذه المادة (م ١٩) ليس جديدا لم تفده المادة السابقة عليها (م١٨)، إذ إن هذا الحكم مستفاد من فقرتها الثانية التي تقضي



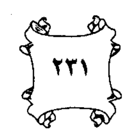
بأن كل تصرف، أو فعل يدلان بقرينة أو عرف على أن الموصي أراد بفعله، أو بتصرفه أن يرجع في وصيته - اعتبر ذلك رجوعا.

وإذن فلم يكن النص على هذه الأفعال بخصوصها في مادة مستقلة - إلا لما لها من خاصية قد توحي بأنها تعد رجوعا، دون بحث عن عرف أو قرينة وهي في الجحود - دلالته على أنه لا وصية، وفي إزالة البناء - ذهاب ما كان عليه الموصى به من صورة ووضع خاص، وفي الفعل يتغير به الاسم وتزول به معظم الصفات - عدم تناول الموصى به لما صار إليه بعد ذلك الفعل، وإشعار ذلك بزوال محل الوصية. وفي الزيادة اللازمة المستقرة - ما يشعر أن في نفاذ الوصية مع وجود هذه الزيادة إضرار بحقوق الورثة، فأريد رفع هذا اللبس.

وبناء على ما ذهب إليه القانون: إذا أوصى شخص بثلث ماله لفلان، ثم أوصى به بعد ذلك لآخر، بأن قال: أوصيت لزيد بثلث مالي، ثم بعد ذلك قال أوصيت لخالد بثلث مالي - لم تكن الوصية الثانية رجوعا عن الوصية الأولى، لأن عبارتها لا تدل على رجوعه في وصيته الأولى، بدليل نفاذ الوصيتين جميعا في التركة - إذا أجازهما الورثة. فإذا لم يجيزوا نفذتا في الثلث فقط. وعندئذ يضيق عنهما فيكون بينهما نصفين، لعدم ترجيح إحداهما على الأخرى.

أما إذا قال في وصيته الثانية: الثلث الذي أوصيت به لزيد، أوص به لخالد، أو ما هو في معنى ذلك - فإن وصيته الثانية تعد رجوعا عن الأولى لأن عبارته في هذه الحال تفيد رجوعه عنها، لدلالتها على نفي اشتراكهما في الثلث. وهذا ما ذهب إليه الحنفية.

جاء في مبسوط السرخسي: إذا أوصى بالمنزل لشخص، ثم أوصى به لشخص آخر - كان المنزل بينهما نصفين، لأنه أوصى لكل منهما بجميع المنزل - إلا أنه لما ضاق عن حقهما كان بينهما لاستوائهما: كدار بيعت ولها



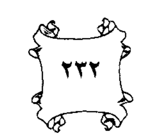
شفيعان في مرتبة واحدة، فإنه يثبت لكل منهما حق الشفعة على الكمال - إلا أنه يقضي بها بينهما نصفين لضيق المحل - كذلك هنا.

وقال في الأصل: إنه متى سمى الوصية الأولى، وأوصى بها للثاني - كانت الوصية بينهما؟ بيانه: إذا أوصى بدار لفلان، ثم قال: الدار التي أوصيت بها لفلان - أوصيت بها لفلان آخر - كان رجوعا، لأنه سمى الوصية الأولى، واستأنف الوصية للثاني، فكان رجوعا واستئنافا للوصية بها للثاني. ومثله لو قال: الدار التي أوصيت بها لفلان - هي لفلان آخر، أو قد أوصيت بها لفلان آخر، إلى أن قال: ولو قال: الدار التي أوصيت بها لفلان، وقد أوصيت بها لفلان آخر - كانت الدار بينهما نصفين، لأنه أتى بالواو وهي للجمع؛ فقد جمع بينهما في الوصية، ولم يستأنف الوصية للثاني - أما إذا سمى الموصى به ولم يسم الوصية الأولى - كما إذا قال: أوصيت بداري هذه لفلان، ثم قال بعد ذلك: أوصيت بداري هذه لفلان آخر - لم يكن ذلك رجوعا، وكانت الدار بينهما نصفين، لما ذكرنا.

وكذلك الحكم - إذا كان الموصى له الثاني من ورثة الموصي؛ سواء أجاز الورثة الوصية، أم لم يجيزوا - فإن الموصى به يكون بين الموصى له الأول، والموصى له الثاني نصفين - إذا لم تدل عبارته في الوصية الثانية، على الرجوع، وإلا كانت للثاني دون الأول - إذا دلت على الرجوع، مع ملاحظة أنها لوارث، فتعطى حكم الوصية لوارث.

ووجه ذلك: أن الوصية للوارث صحيحة، فكان نقل الموصى به إليه نقلا إلى من يصح الإيصاء له؛ فكان شريكا على ما وصفناه. غير أنه إذا لم يجز الورثة - كانت الأولى باطلة - عند دلالة العبارة في الثانية على الرجوع؛ لأنه قد رجع عنها، وبطلت الثانية عند الجمهور؛ لعدم إجازتها من الورثة.

وإذا كان الموصى له الثاني ميتا حين الإيصاء له - كان الموصى به للأول في جميع الأحوال؛ لأن نقل الموصي إليه نقل إلى من لا يصح النقل إليه،



فكان نقلا باطلا وبطل لذلك ما في ضمنه - وهو دلالة العبارة الثانية على الرجوع - ولكن إذا كان عند إنشائها حيا ثم توفي بعد ذلك في حياة الموصي كان هو الحكم في الحال الأولى.

وجاء في مبسوط السرخسي: أن الشافعي يرى أن الإيصاء بعين لشخص بعد الإيصاء بها لآخر - يعد رجوعا في جميع الأحوال، استنادا إلى ما روي عن عمر، قال: إذا أوصى الرجل بوصيتين فالأخيرة منهما أملك. ورد السرخسي على ذلك: بأن المراد من قول عمر: أن يكون بين الوصيتين تنافر وتناف: كما إذا أوصى ببيع دار من فلان، ثم أوصى بعد ذلك بوقفها. أو بالعكس. فإن الوصية الثانية تعد رجوعا عن الأولى، لوجود المنافات بينهما.

غير أن نسبة هذا الخلاف للشافعي - تخالف ما جاء في نهاية المحتاج للرملي، من النص: على اشتراك الموصى له الثاني مع الموصى له الأول - إذا ما أوصى إنسان بداره لفلان، ثم أوصى بها لآخر - دون أن يكون في عبارته ما يدل على رجوعه في وصيته الأولى.

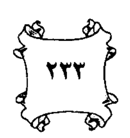
وقد جاء في المغني لابن قدامة: أن ما ذهب إليه الحنفية - هو ما ذهب إليه: مالك، والشافعي، وأحمد، والثوري، وإسحق، وابن المنذر، وهو ما ذهب إليه الشيعة الجعفرية.

وذهب إلى خلاف ذلك جابر بن زيد، والحسن، وعطاء، وطاوس، وداود. إذ رأوا. أن الإيصاء بعين بعد الإيصاء بها لآخر - يعد عدولا عن الوصية الأولى في جميع الحالات[1].

وإذ تكلمنا في الرجوع عن الوصية، وما به يتم. وذكرنا أن منه ما يكون بالقول، ومنه ما يكون بالفعل - فمن المناسب أن نبين شرط سماع الدعوى به.

---

(١) راجع المبسوط جـ٢٧ ص ١٤٦، ص ١٥٧، ص ١٦٢، والمغني جـ٦ ص ٤٨٣، ونهاية المحتاج جـ٦ ص ٩٧، والشرح الكبير والدسوقي عليه جـ٤ ص ٤٢٩، وابن عابدين جـ٥ من باب الوصية، وتحرير الأحكام جـ١ ص ٣٢٠.



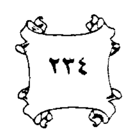
دعوى الرجوع عن الوصية:

علمنا مما تقدم أن الرجوع عن الوصية قد يكون بالقول، وقد يكون بالفعل - وأن الرجوع بالقول قد يكون صريحا، وقد يكون دلالة؛ كما إذا وكل الموصي شخصا ببيع ما أوصى به، أو بهبته لفلان، أو ساوم فيه من رغب في شرائه، أو صدر منه إيجاب ببيعه لشخص، أو بهبته له. وأن المادة الثانية من قانون الوصية اشترطت لسماع الدعوى بالرجوع عن الوصية عندما يكون قوليا إذا كانت بعد وفاة الموصي، وعند إنكار المدعى عليه في الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ الأفرنجية - أن توجد أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى بذلك الرجوع. أما في الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ فلا تسمع فيها دعوى هذا الرجوع، إلا إذا وجدت أوراق رسمية، أو أوراق مكتوبة جميعها بخط الموصي المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك تدل على هذا الرجوع، أو وجدت به ورقة عرفية مصدق على توقيع الموصي عليها - كما بينا ذلك فيما سبق.

أما إذا كان الرجوع بالفعل فلا يشترط لسماع الدعوى به في جميع الأحوال شيء من ذلك؛ لأن الادعاء به - إدعاء بحادثة مادية من اليسير أن تجري عليها وسائل الإثبات العادية واضحة جلية، واشتراط مثل هذه الشروط فيه لا يتسق مع ما لهذا الادعاء من أحكام أخرى مقررة - كما سيأتي بيانه. وإذن فلا يشترط فيه إلا ما اشترط في الدعوى على وجه عام.

وكلمة الرجوع القولي في المادة تتناول ما كان منه صريحا، وما كان دلالة والصريح منه لا مرية في أنه يشترط لسماع الدعوى به ما قضت به هذه المادة من الشروط التي ذكرناها.

أما ما كان منه دلالة - فإن ظاهر هذه الكلمة يقضي فيه بذلك أيضا لأن تقييده بالصريح يجعله من مشتملاتها ومدلولها - وعليه إذا باع الموصي ما أوصى به، أو كان منقولا فوهبه، فادعاه الموصى له بعد وفاته، فلا يستطيع المشتري، أو الموهوب له دفع دعواه بشرائه إياه، أو بهبته له - إلا إذا كان عقد

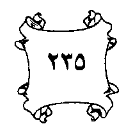


البيع، أو الهبة مستوفيا لما نص عليه في (المادة/ ٢) سالفة الذكر، وذلك بأن توجد أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على حدوثه - إذا ما حدث قبل سنة ١٩١١، أو كان عقدا رسميا، أو مكتوبا جميعه بخط المتوفى وعليه إمضاؤه كذلك، أو كان به ورقة عرفية صدق على توقيعه عليها - إذا ما حدث بعد سنة ١٩١١ - في حين أن عقد البيع أو الهبة الصادر من الموصي حال حياته في هذه الحقبة - لا يشترط لنفاذه، ولا لسماع الدعوى به في أية حال من الأحوال شيء من ذلك - عندما يراد إثبات الملكية به. وأنه بمجرد صدور الإيجاب به والقبول الشفويين تترتب عليه آثاره شرعا وقانونا؛ فتنتقل ملكية الموصي إلى المشتري، أو إلى الموهوب له بعد القبض ثم لا يشترط لسماع الدعوى بثبوته وحدوثه شيء من ذلك - إذا ما استند إليه المشترى، أو الموهوب له في نزاع يتعلق بملكيته.

وليس من المقبول أن يكون من طرق إثباته عندما يدعي سببا للملك - إقامة البينة عليه. ولا يقبل ذلك عندما يدعى دفعا لدعوى الوصية بالرجوع عنها؛ ذلك بأن وضعه في الحالين واحد، وهو أنه عقد نقل ملكية المبيع، أو الموهوب إلى المشتري، أو الموهوب له في الحالين.

وإنما كان بطلان الوصية عند صدوره بعدها أثرا تبعيا غير مباشر ونتيجة لازمة لحدوثه غير مقصودة منه. وكان ترتب تلك النتيجة ترتبا لزوميا لم يغير من طبيعته، ولا من آثاره - فوجب ألا يغير أيضا من طريق إثباته عند إنكاره، وإلا فكيف يقبل عقلا أن يثبت عقد البيع في حادثة بالبينة، ولا يثبت نفسه في حادثة أخرى بها.

وكذلك إذا ساوم الموصي في بيع ما أوصى به ثم لم يبعه، أو وكل آخر في بيعه. أو في هبته لفلان - كان ذلك منه دالا على أنه قد رجع عن وصيته، وعدل عن اقتضائه؛ لأن المساومة في بيعه، وكذا الوكالة فيما ذكر كليهما يقتضي العدول عن الوصية به؛ إذ لا يكون منه إضرار على الوصية به، مع إبداء رغبته في بيعه أو في هبته.



ومن المعلوم أنه إذا حدث ذلك من الموصي في الموصى به بطلت وصيته به؛ لدلالته على أنه قد رجع عنها - وإن لم يكن قد أقدم على ذلك بقصد إنشاء رجوعه عنها، ولكن بقصد الوصول إلى بيع ما كان أوصى به مثلا، وعلى ذلك يكون رجوعه عن وصيته من مقتضيات إقدامه على ذلك الفعل، لا أثرا مباشرا له.

ومن ذلك يظهر أن ما صدر من الموصي من قول في هذه الحال - لم يكن لإنشاء رجوع، ولم يكن الرجوع قصدا له ولا غرضا، وإنما كان لغرض آخر. وكان الرجوع أمرا اقتضاه إقدامه على ذلك، دون أن يكون غرضا له.

وفي مثل هذه الحال لا يطلب من الموصي، بل ولا يتوقع منه أن يحرر بذلك مكتوبا ليكون سندا لرجوعه عن الوصية؛ لأنه لم يعمد ولم يقصد أن يرجع بذلك. ولو قصد إلى الرجوع للجأ إلى التصريح به؛ لأنه أظهر وأوفى بتحقيق غرضه - فإذا توفي الموصي بعد ذلك، فادعى الموصى له الوصية فإن من الحرج أن نكلف الوارث - إذا ما أراد دفع هذه الدعوى برجوع الموصي عنها - بأن يقدم سندا رسميا، أو ورقة مكتوبة بخط الموصي، أو ورقة عرفية صدق على توقيعه عليها: بما صدر من الموصي من مساومة، أو توكيل، أو نحو ذلك - مع الظروف التي شرحناها، ومع أن مثل ما يحدث من ذلك لا تحرر به عادة سندات.

أما الرجوع الصريح فإن الموصي يقصد إليه ابتداء، ويسعى إليه؛ فكان غرضا أصليا له وذلك ما يضفي عليه عناية واهتماما يدعوانه إلى أن يحرر به سندا لإثباته. وذلك ما ينفي الحرج من اشتراطه لسماع الادعاء به.

لهذا يرى أن المشرع حين اشترط لسماع الدعوى بالرجوع القولي ما اشترطه من الشروط - إنما أراد به الرجوع الصريح، ذلك بأنه القول الذي يدل على الرجوع وضعا، وبه ينشأ الرجوع، وكان لذلك يسمى عند صدوره رجوعا، ويطلق عليه هذا الاسم عرفا. أما ما عداه من الأقوال الأخرى



كالمساومة في البيع، والتوكيل فيه، والإيجاب به، ونحو ذلك - فلا يسمى في عرف الناس عند صدوره رجوعا عن الوصية، وإنما يقولون: إنه بدل على الرجوع ويسمونه باسمه، فيقال: ساوم، أو وكل، أو باع، ولا يقال رجع. والرجوع المترتب عليه إنما هو أثر اقتضائي لازم له غير مباشر. فالادعاء به ليس ادعاء بالرجوع، وإنما هو ادعاء لواقعه مساومة، أو توكيل أو بيع اقتضت رجوعا.

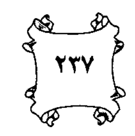
وذلك ما لاحظه بعض فقهاء الحنفية حين جعل الأقوال من قبيل الرجوع الفعلي، لا من قبيل الرجوع القولي.

وليس يبعد أن يكون المشرع قد لاحظ ذلك أيضا حين صاغ هذه المادة فعبر بالرجوع القولي مريدا به القول الصريح الدال على الرجوع وضعا، دون غيره من أقوال تمثل في الخارج واقعة من الوقائع، لا تهدف إلى إنشاء رجوع، وليس الرجوع أثرا مباشرا لها، وإنما يرى لازما لما يترتب على هذه الوقائع من آثار قانونية لها.

ويظهر ذلك في صنيع بعض فقهاء الحنفية - حين جعلوا رجوع الموصي عن وصيته بتصرفه في العين الموصى بها من الرجوع الفعلي، لا من القولي.

فقد جاء في ابن عابدين على الدر المختار ما نصه: واعلم أن الرجوع في الوصية على أنواع: فمن الوصية ما يحتمل الفسخ بالقول، والفسخ بالفعل كالوصية بالعين. ومنها ما لا يحتمله إلا بالقول كالوصية بثلث التركة أو بربعها. فإن الموصي لو باع، أو وهب لم تبطل وصيته، وتنفذ في ثلث الباقي اهـ.

فقد جعل الوصية بثلث التركة لا تنفسخ إلا بالقول. واستدل على عدم انفساخها بالفعل: بأن الموصي لو باع من التركة لم تبطل وصيته. فجعل البيع رجوعا بالفعل، وأن هذه الوصية لا تنفسخ به.



وكذلك جاء في الزيلعي[1] ما نصه وقد يثبت الرجوع دلالة: بأن يفعل الموصي بالشيء الموصى به فعلا يدل على الرجوع. وهذا هو المراد بقول صاحب الكنز: وفعلا بأن باع. أو وهب. أو قطع الثوب، أو ذبح الشاة اهـ. فيرى من ذلك أنه سمي كل ذلك فعلا.

لهذا يتبين أن المشرع حين عبر بالرجوع القولي - إنما أراد ما يسمى رجوعا عرفا، وما ينشئ رجوعا بحسب وضعه، لا ما يقتضي رجوعا ويستلزمه. والأول هو الرجوع الصريح. وهذا ما يجب أن تفسر به (المادة ٢) فيما ذكرته من شروط الأدعاء بالرجوع القولي. وبناء على ذلك لا يشترط في سماع الدعوى بالرجوع دلالة ما ذكرته المادة من الشروط، وكان الادعاء به كالادعاء بالرجوع الفعلي، أو ادعاء بالرجوع فعلا.

هذا، ومما ينبغي ملاحظته، أن وضع هذه المادة بالنسبة (للمادة ١٠٠) من القانو ٧٨ لسنة ١٩٣١ «لائحة الإجراءات الشرعية».

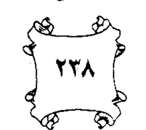
إنما هو وضع المفسر المبين، لا وضع المغير لها، إذ المراد بالرجوع فيها إنما هو الرجوع القولي الصريح وذلك ما بينته (المادة ٢) من قانون الوصية. كما أن زيادة الورقة العرفية المصدق على التوقيع عليها من الموصي يعد توسعة وإطلاقا، لا تقييدا وتغييرا، كما نص على ذلك في المذكرة الإيضاحية للقانون.

هذا، وقد نص في مشروع القانون الموحد أن هذه الشروط لا يعمل بها في الإقليم الشمالي «سوريا» إلا من تاريخ العمل بهذا القانون.

الرجوع عن الإجازة:

قدمنا أن الوصية بما زاد على الثلث عند وجود الوارث يتوقف نفاذها على إجازة الورثة. وكذلك الوصية لوارث ولو بدون الثلث، على ما ذهب إليه الجمهور، لا على ما ذهب إليه القانون. وبينا آراء الفقهاء في الإجازة

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الرقائق للزيلعي جـ٦ ص ١٨٦.



وشروطهـا ووقتها، وأن جـمهورهم يرون عدم الاعـتداد بالإجازة حال حـياة الموصي، وأنها في هذه الحـال لاغية. ولابد لنفاذ الوصـية من تجـديدها بعد الوفاة، وبينا خلاف مالك والليث في ذلك، وأنهما يريان صحة الإجازة حال حياة الموصي بشروط ذكرناها. وخلاف الزيدية وفريق من الشيعة الجعفرية؛ إذ رأوا الاعتداد بالإجازة حال الحياة وبعد الوفاة على ما شرحنا فيما مضى.

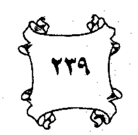
وعلى ذلك: إذا أجاز الورثة الـوصية لوارث - على مـا عليه جمـهور الفقهاء، أو الوصية بالزيادة على الـثلث - وكانت إجازتهم حال حياة الموصي فهل يجوز لهم أن يرجعوا عن إجازتهم عند من يرى الاعتداد بها؟

ذهب من صححهـا من الشيعة الجعفرية إلى أنـها ملزمة لهم، لا يجوز لهم أن يرجعوا عنها؛ لأنهم قد أسقـطوا حقهم فلا عودة له بعد ذلك. وعلى هذا تنفذ الوصيـة بوفاة الموصي ولو رجعوا عنها، سواء أكـان رجوعهم عنها حال حياته أم بعد وفـاته. وإلى هذا ذهب ابن أبي ليلى أيضا. وكذلك ذهب مـالك فليس لهم أن يرجـعوا عن إجـازتهم التي صـدرت منهم حـال حيـاة الموصي مستوفية شروطها.

وعند الزيدية: إذا كان رجوعهم عنها حال حياة الموصي ففيه خلافهم - ذهب الصـادق، والناصر: إلى أنه رجـوع باطل لا أثر له، وإجازتهم ملـزمة لهم. وجاء في المغنـي عن القاسمـية: أن لهم أن يرجعـوا. فإذا رجعـوا كان ذلك رفضا للوصية، وبه تبطل - كما في الحاشية عن المنتزع.

أما إذا كـان رجوعهم بعد وفـاة الموصي - ففي كتاب الأحكام أنه غـير صحيح، وإجازتهم ملزمـة لهم. وإلى هذا ذهب الحسن أيضا، وعطاء، وابن أبي ليلى، وجمهور الزيدية. وهو الـصحيح عندهم. وذهب الهادي، والمؤيد بالله إلى أن لهم أن يرجعوا عن هذه الإجازة. وعندئذ تبطل الوصية.

وإذا كـانت إجازتهم بعـد الوفاة فـليس لهم أن يرجعـوا قولا واحـدا، وإجازته ملزمة لهم. وهذا محل اتفاق بين الفقهاء، إذ اتفقت كلمتهم على أن الإجازة بعد الوفاة ملزمة.



والخلاصة: أن إجازة الوصية بعد وفاة الموصي لا يجوز فيها الرجوع بالإجماع - وأن إجازتها حال حياته ملزمة أيضا عند مالك، وابن أبي ليلى، ومن صححها من الشيعة، ومحل خلاف عند الزيدية؛ سواء أكان الرجوع عنها حال الحياة أم بعد الوفاة.

وما ذكرناه من الرجوع عن الوصية، أو عن إجازتها - إنما هو في الوصية الاختيارية، أما الوصية الواجبة فلا يجوز فيها رجوع، ولا رفض؛ لما هو ظاهر من أنها واجبة في التركة: أوصى المتوفى بها قبل وفاته أم لم يوص.

ثانيا - زوال أهلية الموصي بعد الوصية بجنون أو عته:

(أ) الجنون أو العته وتأثيرهما في الوصية في نظر الفقهاء:

يرى الحنفية أن زوال أهلية الموصي للإيصاء بعد الوصية حال حياته، مبطل لها، ذلك لأن الوصية من العقود غير اللازمة، وكل عقد غير لازم عندهم - إذا كان مستمراً - لبقائه حكم ابتدائه: أي أن ما يشترط لإنشائه من الشروط ابتداء - يشترط كذلك لبقائه بعد إنشائه. وعلى ذلك فلكي تبقى الوصية إلى وقت وفاة الموصي - يجب أن يستمر الموصي على أهليته للوصية إلى الوفاة. فإذا جن - وكان جنونه مطبقا - بطلت وصيته، كما يبطل به توكيله غيره، سواء اتصل هذا الجنون بموته، أم لم يتصل، فأفاق قبل الموت. أما إذا كان الجنون متقطعا بأن كان يفيق أحيانا، ويجن أحيانا - فلا تأثير له في الوصية، لأن هذا الضرب من الجنون يشبه الإغماء فلا تزول به الأهلية، كما لا تزول بالإغماء، وتنتظر إفاقته - إذا أراد أن يتصرف.

وخالف المالكية، والحنابلة - فذهبوا إلى أن عقد الوصية متى صدر صحيحا - لا يبطل بزوال أهلية العاقد بعد ذلك، وذلك كالبيع، والإجارة. ولا يصح قياسها على الوكالة، لأن الوكيل يستمد ولايته من ولاية مملوكه، فإذا زالت أهلية موكله - فقد زالت الولاية التي يستمد منها الوكيل؛ فتنتهي بسبب ذلك الوكالة.

(ب) الجنون أو العته وتأثيرهما في الوصية في نظر مشرع قانون الوصية:

هذا، وقد وقف المشرع في قانون الوصية موقفا وسطا بين المذهبين، فقرر في (المادة ١٤): أن الوصية تبطل بجنون الموصي جنونا مطبقا، بشرط أن يتصل به الموت. فإذا لم يتصل به الموت لم تبطل. فأخذ بمذهب الحنفية - إذا ما اتصل الموت به، لأن من شروط بقاء الوصية - أن يموت الموصي مصرا عليها، ولما كان للموصي أن يرجع عن وصيته مادام حيا - فإن حقه في الرجوع يفوت عليه مدة جنونه، فإذا اتصل به الموت فاتته فرصة الرجوع في وصيته، إذ كان من الجائز أن يرجع عنها في هذه المدة لو استمر عاقلا، وإنما حال دون ذلك جنونه.

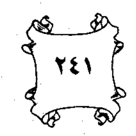
أما إذا أفاق قبل موته - فقد تهيأت له فرصة الرجوع إذا أراده. فإذا توفي دون أن يرجع تحققنا أنه أصر على وصيته، فتستمر له بسبب ذلك، ولا يكون حينئذ موجب لإبطالها. ولذلك أخذ المشرع في هذه الحال بمذهب المالكية والحنابلة. وذلك من الشارع موقف حسن؛ لأن الوصية قد شرعت لكي يتدارك بها الموصي ما فاته من صلات كان عليه أن يقوم بها، أو صدقات، أو مبرات كانت مطلوبة منه، وليس من مصلحته أن يحال بينه وبين ما أقدم عليه من خير أراده، بسبب ظهر أنه لم يكن مانعا له من الرجوع في وصيته لو أراد.

متى يعد الجنون مطبقا، ومتى يعد متقطعا؟

والجنون يعد مطبقا إذا استمر سنة عند محمد. ويرى أبو يوسف أنه يعد مطبقا إذا استمر شهرا، وعليه الفتوى. وبذلك أخذت المذكرة الإيضاحية للقانون. هذا، ومثل الجنون المطبق في هذا الحكم العته.

الحجر على الموصي للسفه أو الغفلة:

أما الحجر للسفه، أو للغفلة بعد الوصية - فلا تأثير له فيها، إذ لا تزول به أهلية المحجور عليه للوصية. فالإمام يرى أنه لا حجر بسبب السفه،



ولا بسبب الغفلة. والصاحبان يريان صحة وصية المحجور عليه بسببهما - إذا كانت في سبل الخير. وبهـذا أخذ قانون الوصية. فنص في (الماة ١٦): على أن الوصية لا تبطل بالحجر على الموصي للسفه، أو الغفلة.

ووجـه ذلك: أنه حـين أوصى - أوصى وهو سليم الوزن، صـحيح التـقدير فـلا مبـرر مع ذلك لإبطالهـا بسبـب طارئ بعد ذلك، لا يمنعـه من الرجوع فيها.

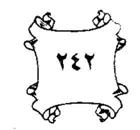
ارتداد الموصي:

أما إذا ارتد الموصي بعد وصيته - فقد ذكر صاحب الشرنبلالية نقلا عن الفتح، وجاء في الدر المختار نقـلا عنهما: أن ردة الموصي تبطل ما صدر منه من وصية حـال إسلامه، كمـا تبطل وقفه سواء أكـانت وصيته بقـربة أم بغير قربة. ولم يشـر إلى خلاف في ذلك. وهذا الصنيع يشعر بأن الوصـية تبطل بالردة مطلقا، ولكن بالرجوع إلى فتح القدير وإلى مبسوط السرخسي يظهر أن الكلام في بطلان وصـية المرتد - إذا مـا ارتد فقـتل وهو على ردته، أو لحق بدار الحرب.

فـالإمام يرى أن وصـية المرتد تتـوقف؛ فـإذا قتل أو لحق بدار الحـرب بطلت. وإذا عاد إلى الإسـلام صحت. وإذا كان هذا هو حكم وصيـته حال ارتداده - فإن وصـيته قبل ارتداده لا تبطل بردته، إلا إذا قـتل مرتدا، أو لحق بدار الحرب.

ويرى صاحباه أن وصيـة المرتد الصادرة منه قبل ردته لا تبطل بردته؛ إذ لبقائها حكم ابتدائها. ووصيته حـال ارتداده بغير قربة جائزة منه، كما جازت تصرفاته المالية. وعلى ذلك لا تبطل الردة وصيته عندهما.

أما المالـكية فلهم في ردة الموصي أقـوال: قول يقـضي ببطلان وصيـته بارتداده، سواء أمات على ردته أم عاد إلـى الإسلام - وقول يقضي بأن ذلك مشروط بألا تكون وصيته مكتوبة. أما إذا كانت مكتوبة، ثم عاد إلى الإسلام



فإنها لا تبطل - وقول يقضي بأنها تبطل بردته إن مات على ردته. أما إن عاد إلى الإسلام فلا تبطل، سواء أكانت مكتوبة أم لا.

ويرى الشافعي أن وصيته تبطل بردته إن مات مرتدا.

ولم يتعرض قانون الوصية لهذه المسألة، ولذا يكون الحكم فيها والقضاء بأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة. وأرجح الأقوال في هذه المسألة هو قول الإمام.

وجنون الموصي، أو عتهه، أو ارتداده إنما يظهر تأثيره في الوصية الاختيارية، أما الوصية الواجبة فهي لازمة واجبة في كل تركة لمن تجب له - على ما نبين - سواء أظل الموصي على أهليته إلى الوفاة أم زالت أهليته قبلها.

ثالثا - إحاطة الدين بتركة الموصي عند وفاته:

ليس الدين عارضا من عوارض الأهلية، فالمدين كامل الأهلية، ووصيته صحيحة كسائر تصرفاته. وإذا حجر عليه للدين على رأي الصاحبين - منع ذلك من نفاذ تبرعه فقط، ومنه وصيته - ويكون نفاذ تبرعه متوقفا على إجازة الغرماء متى كان غير مضاف إلى ما بعد موته. أما وصيته - وهي تبرع مضاف إلى ما بعد الموت - فلا نفاذ لها إلا بعد موته، ولا تنفذ إلا في ثلث ما قد يبقى من تركته بعد سداد دينه - إن أبرئ من بعضه، أو تبرع متبرع بوفائه. وذلك لتقدم الدين على الوصية، لأن وفاء الدين واجب، أما الوصية فأمر ندب إليه الشارع، فإنفاذها إنفاذ لأمر مندوب. فكان أداء الواجب مقدما عليه - لا خلاف في ذلك بين فقهاء المذاهب جميعا. وقد روي عن علي رضي الله عنه أنه قال:

إنكم تقرأون الوصية قبل الدين. يشير إلى قوله تعالى: ﴿...مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ...(١١)﴾ [النساء]، وقد شهدت رسول الله ﷺ يبدأ بالدين قبل الوصية، أي في التنفيذ.



وعلى ذلك تكون وصيـة المتوفي في ثلث تركته. فـإذا استغرقـها الدين فدفعـت فيه بطلت الوصيـة، لانعدام محلها. وإذن يكون عـدم إحاطة الدين بالتركـة عند الوفاة شرطا لنفاذهـا، لا لصحتهـا، ولا لوجودها. وتكون عند إحاطة الدين بالتركة صحيحة مـتوقف نفاذها على إبراء الغرماء للمتوفي. فإذا أبرأوه من الدين أو من بعضه وكان من نتيـجة هذا الإبراء وجود مال للمتوفي خال من الدين - نفذت الوصية - إن وسعها ثلثه بعد الإبراء. فإذا زادت عليه كان نفاذها في الزائد عليـه متوقفا على إجازة الورثة. فـإن أجازوا نفذت في هذا الزائد أيضا، وإلا بطلت.

هذا - ويجب أن يلاحظ أنه لا يكفي في نفاذ الوصية عند إحاطة الدين بالتركة حـال وفاة الموصي - إجازتها من الغـرماء، مع اعتبار الـدين باقيا في ذمته مشـغولة به، ذلك لأنه مادام هناك دين فهو مقدم على الوصـية تخليصا لذمة المتـوفي وفكاكا لها. وإذن فلا بد مـن إبراء الغرماء إياه لنفاذها لسـقوط دينهم بالإبراء حينئذ[1].

ومـثل الإبراء في الحكـم - أن يتبـرع أجنبي بسـداد الديـن للدائنين، ويقبلون منه الوفاء، لسقوط الدين بذلك، وخلو التركة منه حينئذ.

---

(١) إذا كان الموصي مدينا - فلذلك حالتان:

١- أن يكون الدين محيطا بماله.

٢- أن يكون غير محيط بماله.

عند إحاطة الدين:

ذكر القـدوري في مختصـره أن من أوصى وعليه دين محـيط بماله لم تجز وصيـته، إلا أن يبرئه الغرمـاء. ولم يزد صاحب الجوهرة، والميداني في شرحـهما لهذا المختـصر على بيان العلة في ذلك، دون إشارة إلى الإجـازة. ومثل ذلك جاء في الهـداية والعناية، والكفاية، وتكملة الفتح.

وجاء في البدائع: أن من شروط الموصي ألا يكون عليه دين مستـغرق لتركته، فإن كان لا تصح. وذلك دون تعرض للإبراء، أو للإجازة. ومثـل ذلك جاء في التنوير، والدر المختار عليـه. ولكن ابن عابدين علق على ذلك بقـوله: إلا أن يبرئه الغـرماء. ا هـ قـهستـاني. وكذلك فعل صاحب الكنز فلم يعـرض للإبراء ولا للإجازة، ولم يشر إلى ذلك شارحاه: الزيلعي، والعيني.

أما شارحه ملا مسكين - فقد زاد على ذلك بقوله إلا أن يبرئه الغرماء. كما علق الشلبي في حاشيته على تبيين الحقائق للزيلعي بقوله، إلا أن يبرئ الغرماء الموصي من الدين؛ فحينئذ تجوز وصيته في الثلث، أو في أكثر منه - على تقدير إجازة الورثة أو عدمها؛ لعدم المانع، وهو الدين اهـ إتقاني.

وكذلك كان صنيع صاحب الوقاية. فلم يشر إلى الإبراء، ولا إلى الإجازة. وزاد بعض شراحها: بأنها لا تصح من مستغرق بالدين إلا بإبراء الغرماء، كما في الكافي. ولم يذكروا الإجازة - وكذلك لم يتعرض إلى الإجازة في كتب الحنفية.

ومن هذا يتبين أن نفاذ وصية الموصي المدين بدين مستغرق - يتم بإبراء الغرماء إياه - مسألة وردت في أمهات كتب المذهب الحنفي، دون إشارة إلى إجازتهم للوصية، وما يترتب عليها. ولكن أبا السعود في حاشيته على منلا مسكين «شرح الكنز» علق على هذه المسألة بقوله: فلو أجازوا وصية المدين - هل يكون ذلك تمليكا منه أو منهم؟

وأقول مقتضى ما سبق: من أن الورثة إذا أجازوا الوصية للوارث يتملكه من قبل الموصي عندنا -- أن يكون الحكم كذلك عند إجازة الغرماء - وقد نقل أبو السعود هذا التساؤل عن المقدسي. وذلك ما يدل على أن للإجازة أثرا هو ثبوت ملك الموصى به للموصى له، وذلك غير مقبول؛ لأن مسألة الإجازة غير معروفة في المذهب على ما بيناه ولم يذكرا ذلك نقلا عن أئمة المذهب؛ وإذن فلا اعتداد بما ذكراه.

ومما يجب ملاحظته - أن قول بعض الفقهاء: لا تجوز وصية المدين بدين محيط، أو لا تصح - ليس معناه أنها وقعت باطلة؛ بدليل أنه إذا برئت ذمة الموصي بأى سبب من الأسباب نفذت؛ لزوال المانع؛ إذ إن وجود الدين المستغرق كان مانعا من ثبوت الملك للموصى له. فإذا سقط ثبت له الملك.

وقد جاء في الكفاية نقلا عن مبسوط شيخ الإسلام أن الدين المستغرق يمنع وقوع المنع في التركة. وهي عبارة جامعة تشمل الوارث والموصى له. وفي كتاب الصلح من الهداية ما يؤيد ذلك.

ومن المعلوم أن هذا الدين يمنع ملك الوارث، ولا شك أن الموصى له مثله - إن لم يكن دونه؛ فيمنع ثبوت الملك له أيضا. وإذا لم يكن للموصى له ملك مع وجود هذا الدين فالوصية له حينئذ موقوفة غير نافذة. فإذا سقط الدين فإن الوصية تنفذ لزوال المانع. أما إذا ظل فبيعت التركة فيه فإن الوصية تبطل لزوال محلها.

وكذلك يجب أن يلاحظ أن عدم ثبوت الملك للوارث، أو للموصي - عند وجود الدين المستغرق ليس لحق الغرماء وحدهم، بل لهذا الحق، ولحق الميت أيضا؛ لحاجته إلى قضاء دينه. فثمة مانعان: حق الميت، وحق الغرماء. فإذا زال أحد المانعين لم يثبت الملك أيضا لبقاء المانع الآخر - فلو أبرأ الغرماء، أو تبرع بأدائه أجنبي، أو وارث - بشرط عدم=



= الرجوع برئت ذمة الميت؛ فزال حقه، وحق الغرماء؛ فانعدم المانعان. أما إذا أداه الوارث مشترطا الرجوع، أو أجاز الغرماء الوصية ولم يبرءوا - فإن المانع من ملك الموصي لم ينعدم؛ إذ إن التركة بأداء الوارث مشترطا الرجوع فيه تظل مدينة؛ لأنها قد صارت مدينة للوارث بما أدى، كما أنها تظل مدينة كذلك للغرماء عند إجازتهم الوصية؛ لأنها لا تسقط الدين، وإن أسقطت حقهم في تعلق الدين بها. وإذا بقي الدين بقي حق الميت، وهو براءة ذمته وفكاكها، فلا تفيد إجازتهم في ثبوت الملك للموصى له. وتكون هذه الإجاز وعدمها سواء، ويؤيد هذا ما جاء في جامع الفصولين:

ولو اقتسموا تركته، ثم ظهر دين محيط، أو غير محيط - ردت القسمة - وهذا ظاهر في المحيط، وكذلك في غير المحيط؛ لتعلق حق الغرماء بالتركة؛ ولتقدم حق الميت حتى لا يمتنع رد القسمة برضا الغرماء، إلا إذا بقي من التركة ما بقي بدينه.

فيرى من ذلك أنهم لم يخرجوا قدر الدين ويقتسموا الباقي بعده، بل ترد القسمة - وإن أجازها الغرماء؛ لأن المانع الآخر وهو حق الميت وفي وفاء دينة باق. وإذا لم يكن للإجازة أثر في القسمة والدين غير محيط؛ لوجود حق الميت قائما - فأولى ألا يكون لها أثر في مسألتنا لأن الوصية تمليك تام. أما القسمة ففيها معنى التمليك ومعنى الإفراز. والدين المحيط يتعلق بقدر ما به الوفاء على أرجح الأقوال.

ومن هذا يظهر أن إجازة الغرماء وصية من عليه دين محيط بماله عند الوفاة من غير إبراء لا أثر لها. ولهذا اقتصر أكثر كتب الفقه على الإبراء.

ومن الواضح أنه يستوى في ذلك أن تكون التركة مرهونة بالدين، أو غير مرهونة؛ وأن يكون الموصى به مرهونا به، أو غير مرهون.

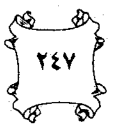
ويلاحظ أن قول الفقهاء: «إلا أن يبرئه الغرماء»، لا يراد به اشتراط إبراء الجميع. فلو أبرأ بعضهم حتى أصبح المدين غير محيط بسبب ذلك، ولم يبرئ الباقون - كان الحكم في هذه الحال حكم الدين غير المحيط.

عند عدم إحاطة الدين:

إذا كان الموصي مدينا بدين غير مستغرق صحت الوصية، وثبت الملك فيها للموصى له بشروطه استحسانا، لا قياسا. فقد نصوا على أن الدين غير المستغرق يمنع ملك شيء من التركة قياسا، ولكن لا يمنع ملكها جميعها استحسانا. وكلامهم في الوصية جار على الاستحسان: فالقدوري، وصاحب الهداية اقتصرا على القول بعدم الجواز في المحيط وحده. وقدمنا عبارة البدائع، والتنوير. وفيهما أن شرط الموصي: ألا يكون عليه دين مستغرق لتركته. ونقل الطوري في تكملته للبحر، فيما نقل عن النهاية: أن من شرائط الوصية ألا يكون الموصي مديونا (مدينا) ثم قال: إن في كلامه قصورا بلا خلل؛ لأنه جعل من شرائطها: ألا يكون الموصي مديونا (مدينا) بدون التقييد بأن يكون الدين مستغرقا لتركته. والشرط عدم هذا الدين المقيد، لا عدم الدين المطلق. كما صرح به في البدائع وغيرها. وفي الجامع الكبير وشرحه الوجيز للحصيري ما نصه: =



= (باب الوصية يوصي بها الرجل وعليه دين، وله عبد، فيباع لأصحاب الدين في دينهم).
بني الباب على أن الدين مقدم على الوصية وإذا لم يستغرق التركة لا يمنع ملك الموصى له كما لا يمنع الإرث.
قال محمد رحمه الله: رجل مات وترك عبداً قيمته ألف، وله عشرة آلاف درهم على الناس، وعليه ألفا درهم. وقد أوصى بالعبد، فحضر الغرماء وطلبوا بيعه - ولم ينتظروا خروج الدين يباع لتقدم حقهم، كما في الوارث. فإن بيع بألف وخمسمائة وقبضوا، ثم خرج دين الميت، وقال الموصى له آخذ الثمن، وقالت الورثة نعطيك القيمة: له أن يأخذ الثمن، لأن الدين لا يمنع ملكه لقلته، فوقع البيع له لملكه إياه فيرجع به كله؛ وهذا لأن للقاضي ولاية البيع عند الحاجة إلى الحفظ، كما لو كان الموصى له غائبا ولا دين - ألا ترى أنه لو لم يدفع إليهم حتى خرج الدين، واستوفوا منه - أن الثمن يكون كله له. وكذا لو بيع بتسعماية. ولو لم يأخذ الغرماء الثمن حتى خرج الدين ليس له أن ينقض البيع لنفاذه بالولاية الشرعية كما لو باع مال الغائب والله أعلم.
وهذا الكلام صريح في قاعدتين أساسيتين:
الأولى - أن الدين غير المستغرق لا يمنع ملك الموصى له للموصى به. ومعنى هذا أن الوصية صحيحة نافذة، وأن الدين لم يمنع صحتها، ولا ثبوت الملك بها. والصحيح المفيد للملك ليس متوقفا على إجازة.
الثانية - إذا كان الموصى به في هذه الحال معينا وتعين بيعه لقضاء الدين - فللموصى له الرجوع بثمنه في باقي التركه. وإذن فلا قيمة لإجازة الغرماء للوصية مع بقاء الدين غير المستغرق - في صحة هذه الوصية وإفادته الملك - كما عرف مما قدمنا.
ولا قيمة لها أيضا في سلامة الموصى به للموصى له - إذا كان دراهم مرسلة، أو سهما شائعا. فإن الموصى له كالورثة فلا يسلم له إلا ما يخرج من الثلث بعد قضاء الدين؛ مراعاة لحق الميت.
ولا قيمة لها كذلك في سلامته له إذا كان معينا غير مرهون، ولم يتعين لقضاء الدين؛ لأن حق الغريم لا يتعلق بصورة أعيان التركة، وإنما يتعلق بماليتها. والبيع منها لقضاء الدين ليس إلى الغريم حتى تكون له الخيرة فيما يباع؛ فتعمل إجازته، إنما هو للورثة، أو للوصي على التركة، أو القاضي - على خلاف في الأخير. أما إذا تعين لقضاء الدين كما في مسألة الجامع الكبير - فلا يكون لإجازة الدائن قيمة إلا إذا قلنا إنها تضمنت انتظاره خروج الدين، وأن هذا الانتظار قد لزم بالتزامه. وهذا إذا لم يكن الموصى به مرهونا بالدين.
أما إذا كان معينا مرهونا بالدين ففيما يأتي من المعلوم أن عقد الرهن يثبت به للمرتهن حق حبس المرهون على سبيل الدوام إلى وقت الفكاك، كما يثبت به كذلك اختصاصه بثمنه=



= لوفاء دين الرهن إذا بيع - دون سائر الغرماء. وليس للمرتهن الحق في بيعه بدون إذن الراهن، وليس له ملك في رقبته، وهو باق على ملك الراهن ما دام حيا. فإذا مات الراهن كان من تركته؛ وإذن يبيعه وصيه، ويقضى الدين من ثمنه. فإن لم يكن له وصى نصب القاضي له وصيا وأمره ببيعه.

وقال الحدادي في الجوهرة: هذا إذا كان ورثته صغارا. أما إذا كانوا كبارا فهم يخلفونه في المال، فكان عليهم تخليصه. وإذن فرهن العين لا يمنع من إرثها، وأن الورثة يملكون مال الميت بطريق الخلافة عنه؛ مرهونا كان أو غير مرهون؛ ولذا كان حق البيع والتخليص لهم، دون غيرهم إذا كانوا كبارا. وهذ لا كلام فيه، ولا خلاف.

وإذا كان الرهن لا يمنع الملك خلافة عن الميت - فإنه لا يمنع الملك من طريق الوصية؛ لأن ملك الموصى له يثبت بطريق الخلافة عن الميت كالوراثة. وإذا كانت الوصية بالمرهون تفيد الملك فإنها تكون صحيحة غير متوقفة على إجازة المرتهن. ولا يشكل هذا بأن الراهن ليس له بيع المرهون، ولا هبته، ولا التصدق به، ولا إجازته بدون إذن المرتهن؛ لأن هذه التصرفات تثبت ملكا جديدا في العين، أو في منافعها مبطلا لحق المرتهن في الحبس، أما الوصية فالملك فيها خلافة كالوراثة وحلول الموصى له محل الميت مع بقاء الحق المتعلق بالعين فلا تتوقف على إجازة المرتهن، كما لم يتوقف الإرث.

ويؤيد أن الوصية بالمرهون غير متوقفة على إجازة المرتهن - أنهم لم يشترطوا في الوصية ألا يكون الموصى به مرهونا، وألا يكون عليه دين غير مستغرق. وإنما اشترطوا ألا يكون عليه دين محيط ولم يزيدوا.

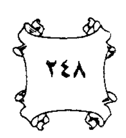
وكذلك إطلاق قولهم: إن الدين إذا لم يستغرق التركة لا يمنع ملك الموصى له، كما لا يمنع الإرث. فلم يفرقوا بين مرهون وغيره. ولذلك لم يعرض أحد منهم - فيما نعلم - إلى مسألة الإجازة إذا كان الدين غير مستغرق. فإذا صح هذا وكان الموصى به المرهون مملوكا للموصي - فإنه إذا بيع لقضاء الدين غير المستغرق كان مبيعا على ملك الموصى له، وله الرجوع بثمنه في ثلث الباقي من التركة، وتعينه للبيع قضاء للدين لا يمنعه من الرجوع بذلك - كما دلت عليه مسألة الجامع الكبير السابقة.

وقد عرفنا أن صحة الوصية بالمرهون، وثبوت الملك فيه للموصى له لا تتوقف على إجازة المرتهن. فإذا أجاز كانت إجازته لغوا بالنظر إلى هذا.

والظاهر لي: أن إجازته تبطل حقه في حبسه المرهون، أو اختصاصه بثمنه إذا بيع، وكونها لغوا فيما لا تفيد فيه لا يقتضى إهدارها فيما تعمل فيه. وإذا بطل هذا الحق صارت المسألة كمسألة الدين غير المستغرق. فإن لم يتعين الموصى به لقضاء الدين فلا قيمة لإجازته في سلامته، وإن تعين ففيه الكلام السابق.

ويخلص مما تقدم:

١ - أن الدين المحيط بمال الميت يمنع نفاذ الوصية، وملك الموصى له - ما دامت ذمة الميت مشغولة به. وإن أجازه الغرماء بدون إبراء تكون لغوا في هذه الحال ولا قيمة لها.



وكذلك الحكم إذا كان المتبرع بالوفاء وارثا. أما إذا لم يكن أداؤه للدين تبرعا بل استخلاصا للتركة - إذا كان هو الوارث الوحيد، أو على إرادة الرجوع فيها إذا لم يكن وحيدا - فلا يترتب على ذلك نفاذ الوصية في ثلث ما يخلص من التركة بسبب هذا الأداء، لأنها لم تخلص به في الواقع، وإنما حل الوارث في هذه الحال محل الدائن، فصارت التركة مدينة له بعد أن كانت مدينة لغيره.

والنتيجة: أن إحاطة الدين بالتركة عند الوفاة، ودفعها فيه مبطل للوصية لزوال محلها حينئذ. وقد أشار القانون إلى هذه الأحكام في (مادة ٣٨) ونصها:

تصح وصية المدين المستغرق ماله بالدين، ولا تنفذ إلا ببراءة ذمته منه فإن برئت ذمته من بعضه، أو كان الدين غير مستغرق - نفذت الوصية في الباقي بعد وفاء الدين.

هذا، وإذا كانت التركة غير مستغرقة بالدين واستوفي الدائن دينه كله أو بعضه من المال الموصى به عينا - كان للموصى له أن يرجع بقدر الدين الذي استوفي من المال الموصى به في ثلث الباقي من التركة بعد وفاء الدين جميعه.

٢- إذا كان الدين غير محيط فإنه لا يمنع صحة الوصية، ولا ملك الموصى له، ولا يتوقف شيء من ذلك على إجازة الغريم: سواء أكان الموصى به مرهونا أم غير مرهون. ولا فائدة لإجازته إن أجاز إلا إسقاط حقه في حبس المرهون. وقد يقال: إن لها فائدة إذا تعين الموصى به لقضاء الدين، وهو انتظار خروج الدين، وعدم بيع الموصى به.

٣- إذا كان الدين غير محيط، وبيع الموصى به لقضاء الدين: مرهونا كان أو غير مرهون - فللموصى له الرجوع بثمنه في ثلث الباقي بعد أداء الدين من التركة.

هذا، والتركة المستغرقة بالدين باقية على حكم ملك المدين بعد وفاته. فلا ملك للورثة حين استغراق الدين لها، كما لا ملك للموصى له - وهذا هو مذهب الحنفية، وأحد روايتين عن أحمد. واختاره الأصطخري من الشافعية: وهو أحد قولين عن الشيعة الجعفرية - أما على الصحيح من مذهب الشافعي فيملكها الورثة بمجرد الوفاة محملة بالدين. وهي أشهر الروايتين عن أحمد. والقول الثاني من مذهب الشيعة الجعفرية.



وعلى ذلك إذا ترك الموصي منزلا، وأربعة آلاف جنيه دينا في ذمة مدين له. وقد أوصى بهذا المنزل لآخر، وهو يخرج من الثلث. وعليه دين مقداره ١٢٠٠ جنيه فبيع المنزل بهذا المبلغ وفاء للدين، ودفع فيه، ثم أدى مدين المتوفي ما عليه من الدين - كان للموصى له أن يرجع فيما دفعه المدين بما بيع به المنزل الموصى به، وذلك لأن ثلث الباقي بعد الدين يسعه إذ الثلث ١٣٣٣ $\frac{١}{٣}$ جنيهاً.

وإنما بيع المنزل في وفاء الدين مع تعينه للوصية، لأن وفاء الدين مقدم على نفاذ الوصية وليس في التركة مال حاضر سواه، فلا يضار الدائن مع تقدم دينه بإلزامه بانتظار وفاء دين التركة.

وإنما رجع بما بيع به المنزل، ولم يرجع بقيمته، لأن المنزل قد صار ملكه بقبوله الوصية. وعند بيعه في الدين بيع وهو على ملكه، فكان له ثمنه. وقد أشار القانون إلى ذلك في (مادة ٣٩) ونصها:

إذا كان الدين غير مستغرق فاستوفي كله أو بعضه من الموصى به - كان للموصى له أن يرجع بقدر الدين الذي استوفي في ثلث الباقي من التركة بعد وفاء الدين.

رابعا: وفاة الموصى له:

إذا توفي الموصى له حال حياة الموصي بطلت الوصية له، لأنه إنما يملك عند وفاة الموصي أو عند قبوله الوصية على ما بينا في ذلك من خلاف فيما سبق، وهو في ذلك الوقت معدوم وغير أهل لأن يملك فتبطل الوصية له لذلك. وقد نص على ذلك في الفقرة الثانية من المادة ١٤ من قانون الوصية.

وهذا قول أكثر أهل العلم كما جاء في المغنى لابن قدامة، وقد روي القول به عن علي وبه قال الزهري وحماد بن أبي سليمان وربيعة ومالك والشافعي وأصحاب الرأي.

وفي الأصل لمحمد: إذا أوصى بثلث ماله لبني فلان وله بنون وقت الوصية ولكن لم يسمهم ولم يشر إليهم ثم مات هؤلاء جميعا وحدث له بنون آخرون بعد ذلك ظلوا أحياء إلى وقت وفاة الموصي كانت الوصية باقية وثلث المال لهم. وإن سماهم أو أشار إليهم بطلت الوصية بموتهم «هندية نقلا عن المحيط».

ووجه ذلك دخول ما يحدث لفلان من أولاد في الوصية وإطلاق اسم الموصى له على من وجد منهم عند الوفاة فلم ينقرض الموصى لهم في حياة الموصي.

وفي الحطاب أن وفاة الموصى له في حياة الموصي تبطل الوصية له علم الموصي بموته أم لم يعلم، ولكن ورثة الموصي يحاصون بها أهل الوصايا الأخرى عند ضيق الثلث في رأي مالك، ثم تكون هذه الحصة ميراثا بينهم. وأكثر الرواة أنهم إنما يحاصون بها أرباب الوصايا الأخرى إذا لم يكن الموصي يعلم بموته عند الإيصاء، أما إذا كان يعلم بموته فلا يحاصون. وقد روي ذلك عن مالك أيضا.

وقال الحسن: إذا مات الموصى له حال حياة الموصي لم تبطل الوصية وكانت لولد الموصى له. ولم ينقل أتكون لولده ميراثا أو وصية ويظهر لي أنه يرى أنها تكون له وصية وإلا لم يختص بها ولده وكانت لورثته.

وقال عطاء: إذا علم الموصي بموت الموصى له بعد موته ولم يحدث فيما أوصى به شيئا كانت الوصية لورثة الموصى له، لأنه مات بعد أن وجد عقد الوصية فقام ورثته مقامه، كما لو مات بعد موت الموصي وقبل أن يقبل الوصية. وهذه آراء لا تتسق مع وقوع الوصية عند إنشائها للموصى له لا لولده ولا لورثته، وقد كان هذا غرضا ظاهرا للموصى واجب المراعاة. ويظهر من قولهما أن الوصية في نظرهما تتم بمجرد وفاة الموصي ولا تتوقف على قبولها من الموصى له(١).

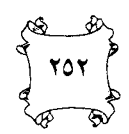
(١) راجع المغني جـ٦ ص ٤٣٣ والحطاب جـ٦ ص ٣٦٧.

وكوفاة الموصى له حال حياة الموصي زواله وانعدامه حال حياة الموصي أيضا: فتبطل به الوصية كما إذا كان الموصى له منشأة من المنشئات أو مدرسة، أو مستشفى فألغي وزال من الوجود حال حياة الموصي، فإن الوصية له تبطل أيضا في هذه الحال لانعدام الموصى له على وضع لا يظن له وجود بعد ذلك.

وكذلك تبطل الوصية إذا كانت وصية بمعدوم لم يوجد حين وفاة الموصي فتوفي الموصى له قبل وجوده وبعد وفاة الموصي وذلك كأن يوصي زيد لخالد بسكني داره سنة تبتدئ بعد وفاته بستة أشهر مثلا فتوفي زيد مصرا على وصيته وقبلها خالد بعد وفاة زيد ثم توفي قبل أن تمضي ستة أشهر بعد وفاته فإن الوصية تبطل بوفاته في هذه الحال، إذ إنه توفي قبل أن يملك إذ لا ملك في معدوم وليس أهلا لأن يملك بعد وفاته، وقد جاء ذلك في م/ ٥٩ إذ نص فيها على أن الوصية بالمنفعة تسقط بوفاة الموصى له قبل أن يستوفيها كلها كأن يتوفى قبل بداية مدتها أو قبل أن يستوفي باقيها بأن يتوفى أثناء مدتها. أما وفاة الموصى له بعد وفاة الموصي وبعد استحقاقه الموصى له فلا تأثير لها في الوصية إذا كانت الوصية بعين من الأعيان إذ إن الموصى به ينتقل بها ميراثا لورثته، وأما إذا كانت وصية بمنفعة فإن الوصية تنقضي وتنتهي بوفاته وتعود العين الموصي بمنفعتها إلى مستحقها إذا كانت وفاته بعد بداية المدة وقبل انتهائها. أما إذا كانت وفاته بعد انتهاء المدة وقد استوفي ما أوصى به له فإن الوصية تنتهي بانتهاء مدتها وهذا ظاهر.

خامسا: تعذر وجود الموصى له أو اليأس منه:

إنما يظهر هذا السبب مبطلا للوصية على القول بصحة الوصية للمعدوم وهو مذهب مالك الذي أخذ به القانون. أما على رأي من يرى أن الوصية للمعدوم باطلة فلا يكون لهذا السبب محل؛ لأن الوصية له قد نشأت باطلة ابتداء. وبناء على ذلك إذا أوصى شخص لجهة معينة من جهات البر التي ستوجد مستقبلا تصح الوصية، فإذا تعذر وجودها بعد وفاة الموصي بطلت



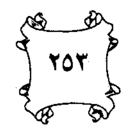
الوصية كما قضت بذلك المادة ٨ من القانون. وفي مشروع قانون الوصية الموحد أن الوصية في هذه الحال لا تبطل بل تصرف إلى أقرب جهة مجانسة للجهة الموصى لها أخذا برأي الحنابلة في ذلك، وقد ذكرنا ذلك فيما سبق. وكذلك إذا أوصى لمعدوم على ما جاء في المادة ٢٦ من القانون ثم تحقق اليأس بعد وفاة الموصي من وجود الموصى له بطلت الوصية وكان الموصى به ميراثا بين الورثة منذ توفي الموصي. ومثل ذلك إذا كانت الوصية بمنفعة ولم يوجد الموصى له عند وفاة الموصي وتحقق اليأس من وجوده بطلت الوصية وكانت المنفعة لورثة الموصي منذ توفي وهذا السبب مع السبب السابق عليه لا يتصور تحققهما في الوصية الواجبة لأنها لا تجب لمعدوم عند الوفاة.

سادسا: تغير شريعة الموصى له إلى وضع يمنع الوصية لمثل الموصي:

ذكرنا فيما سبق عند كلامنا على شروط الموصى له أن الوصية تصبح مع اختلاف دار الموصي مع دار الموصى له إلا إذا كان الموصي تابعا لبلد إسلامي والموصى له غير مسلم وتابعا لبلد غير إسلامي تمنع شريعته من الوصية لأهل بلد الموصي. وأن العبرة في ذلك بوقت وفاة الموصي.

وبناء على ذلك إذا اختلفت داراهما وكانت شريعة بلد الموصى له غير المسلم لا تمنع الوصية لأهل بلد الموصي فأوصى في هذه الحال ثم تغيرت شريعة الموصى له إلى وضع يمنع الوصية لأهل بلد الموصي واستمر ذلك إلى وقت وفاة الموصي فإن وصيته تبطل في هذه الحال لما أوضحناه فيما سبق.

وهذا السبب قد يتصور وجوده في الوصية الواجبة عندما يكون من تجب له الوصية من رعايا بلد غير إسلامي تمنع شريعته من الوصية لأهل بلد المتوفى. وعندئذ أيكون أيضا مانعا من الوصية الواجبة كما منع من الوصية الاختيارية أن يكون للوصية الواجبة حكم الميراث فإذا كان الموصى له بحيث لا يمنع من ميراثه من الموصي مانع لو لم يوجد من يحجبه وجبت له الوصية الواجبة عند توافر شروطها؟



يظهر لي أن الحكمة التي دعت إلى الأخذ بالوصية الواجبة تقضى بأن الوصية الواجبة تجب لأهل الميراث إذا حجبهم حاجب متى توافرت شروطها، ولو كان الموصى له غير المسلم تابعا لبلد غير إسلامي تمنع شريعته الوصية لأهل بلد الموصي متى كان الموصى له ممن يرث الموصي لولا وجود الحاجب الذي حجبه من الميراث ويشعر بذلك ظاهر عبارة المادة ٩ ووضعها لأنها إنما جاءت بصدد بيان شروط الوصية الاختيارية كما هو بين وعبر فيها بكلمة تصح الوصية التي تشعر بالاختيار فيها، وليس في الوصية الواجبة اختيار.

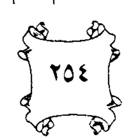
سابعا: قتل الموصى له للموصي:

إذا جنى الموصى له على الموصي جناية أدت إلى موته بسببها فقد يكون ذلك بعد الوصية له وقد يكون قبلها. وذلك بأن يجرح الموصى له الموصي أو يضربه ضربة بحيث يفضي ذلك إلى الموت فيوصي له الموصي في الفترة بين الجناية والوفاة. فهاتان حالتان يرى الحنفية فيهما أن القتل مانع من الوصية ومبطل لها. وهذا قول عند الشافعية خلاف الأظهر عندهم، وقول عند الحنابلة اختاره أبو بكر. وقول الثوري وأصحاب الرأي.

ويرى الزيدية أن القتل مانع من الوصية في الحال الأولى منهما وهى ما إذا كانت الجناية بعد الوصية، وغير مانع منها إذا كانت قبلها. وهو قول عند الحنابلة اختاره أبو الخطاب وإليه ذهب الحسن بن صالح ووصفه ابن قدامة بأنه قول حسن.

ويرى الشافعي في أظهر القولين عنده أن القتل لا يمنع في الحالين كما لا يمنع الهبة. وأن حديث «ليس للقاتل وصية» حديث ضعيف ساقط لا يعمل به. وهذا قول عند الحنابلة اختاره ابن حامد. وهو مذهب أبي ثور وابن المنذر وابن شبرمة والأوزاعي ومذهب الشيعة الجعفرية.

أما المالكية فقد ذهبوا إلى أن الجناية إذا كانت بعد الوصية فإن القتل يكون مانعا منها إذا مات الموصي لفوره وهو قول ابن القاسم. أما إذا عاش بعد ضربه زمانا وعلم من الضارب له ثم لم يغير الوصية فإن القتل لا يبطلها



وتظل صحيحة لإصرار الموصي عليها - وإذا لم يعلم من الضارب له ففي بطلان الوصية به خلاف: ذهب ابن القاسم إلى أنها تبطل به، وذهب محمد إلى أنها لا تبطل به.

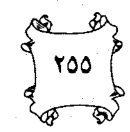
وإذا كانت الجناية قبل الوصية فإن عرف الموصي الجاني ثم أوصى له صحت وصيته سواء أكانت الجناية عن عمد أم خطأ: وإن لم يعرف وأوصى فكانت وصيته لمن جنى عليه ففيها الخلاف المتقدم، ذهب ابن القاسم إلى أنها تبطل، وذهب محمد إلى أنها لا تبطل.

والقتل المانع من الوصية أو المبطل لها عند الحنفية هو القتل الحرام المباشر العمد بغير حق أو القتل خطأ - أما القتل تسببا والقتل قصاصا والقتل دفاعا أو لعذر فلا يمنع الوصية ولا يبطلها.

وظاهر عبارات المالكية أن القتل المانع عندهم هو القتل العمد لا القتل خطأ. وذلك لتصريحهم بهذا القيد في الأحوال التي نصوا فيها على أن القتل مانع من الوصية.

أما الشافعية «على القول بأنه مانع» فإن الظاهر من عبارتهم وقياسهم الوصية على الإرث في أن القتل يمنعها - أن القتل المانع عندهم هو المانع من الإرث. وكلامهم فيه صريح في أن القاتل لا يرث من قتله وإن لم يضمن بقتله سواء أكان عمدا أم بغير حق أم كان بسبب أم مباشرا مع الإكراه أو مع الاختيار. وكذلك إذا كان القاتل شاهدا أو مزكيا لمن شهد بالقتل أو حاكما. كما في نهاية المحتاج.

وأما الحنابلة فعلى القول بأنه مانع فإنهم يرون أن القتل المانع هو القتل الموجب للقصاص أو للكفارة أو للدية، وهو القتل العمد وشبه العمد والخطأ بنوعيه. ومن القتل العمد عندهم القتل بالتسبب كالقتل بوضع السم في الطعام والقتل بناء على شهادة الزور وكذلك القتل بعد الدلالة على القتيل، والقتل تنفيذا لأمر الغير، والمشاركة في القتل، والقتل من المكره عليه. وكذلك الأمر به على قول.



ويرى الزيدية أن القتل المانع هو القتل العمد لا الخطأ.

هذا، ولا اعتداد بإجازة الورثة الوصية للقاتل عند الشافعية والمالكية والزيدية والحنابلة وأبي يوسف. وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أن بطلان الوصية بالقتل مشروط بعدم إجازتها من الورثة وهم أهل للتبرع على ما ذكرنا في إجازة الوصية بأكثر من الثلث. ونقل ابن عابدين عن الشرنبلالية أن الخلاف بين أبي يوسف والطرفين في غير القتل العمد بعد الوصية. أما إذا كان قتلا عمدا بعد الوصية فإنه يبطلها اتفاقا ولا تنفذ بإجازة الورثة.

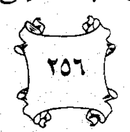
وبناء على ما ذكر إذا لم يكن للمتوفى وارث سوى القاتل جازت الوصية له عند الطرفين غير متوقفة على إجازة أحد. وعند أبي يوسف لا تجوز وإن انحصر الميراث فيه كما أنه لا يرث.

وإذا كان المجيز مريضا مرض الموت ومات فيه نفذت إجازته فيما يسعه ثلث ماله وتوقف فيما زاد على ذلك على ما ذكرناه فيما مضى. وإنما يمنع القتل الوصية أو يبطلها إذا كان القاتل عاقلا بالغا، فإذا كان مجنونا أو صبيا أو معتوها لم يمنع لأنه غير مكلف حينئذ. وإلى هذا ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة والزيدية خلافا للشافعية(١).

هذه خلاصة مذاهب الفقهاء. أما القانون فقد اختار في مادته ١٧ من آراء المذاهب القول بأن قتل الموصي أو المورث يمنع من استحقاق الوصية مطلقا - اختيارية كانت أم واجبة - ذلك بأن الموصى له قد استعجل بالقتل استحقاقا قبل أوانه أو أقدم على قتل من أحسن إليه ظلما وعدوانا فكان من المصلحة

---

(١) راجع المنتزع جـ٤ ص ٤٧٩، ص ٤٩٣ والبحر الزخار جـ٥ ص ٣١١ والشرح الكبير للدردير والدسوقي عليه جـ٤ ص ٤٢٦ والمواق جـ٦ ص ٣٦٨ والخرشي والعدوي عليه جـ٥ ص ٤١٢ والرهوني جـ٨ ص ٢٩٣ وكشاف القناع جـ٢ ص ٥١٠ والمغني جـ٦ ص ٥٤٠ ونهاية المحتاج جـ٦ ص ٤٨ وتحرير الأحكام في فقه الشيعة ج١ ص ٣٠١ والزيلعي جـ٦ ص ١٨٢ وابن عابدين جـ٥ ص ٤٣٢ والبدائع جـ٧ ص ٣٤٠ والمبسوط جـ٢٧ ص ١٧٧ وكشاف القناع جـ٣ ص ٣٣٣ وما بعدها إلى ص ٣٤٠.



حرمانه من مال المقتول زجرا له سواء أجاز الورثة الوصية أم لم يجيزوها، وسواء أكانت الوصية قبل الجناية أم بعدها، وسواء أعرف القتيل قاتله أم لم يعرفه، وسواء أكان القاتل فاعلا أصليا أم شريكا أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصي وتنفيذه، وسواء أكان القتل مباشرا أم بطريق التسبب، إذ ليس من المصلحة للمجتمع ولا مما تسكن إليه النفوس أن يتمتع القاتل بمال من قتله لمجرد أن الورثة أجازوا الوصية له، أو لأن الموصي أوصى له بعد ارتكاب الجريمة الأثيمة وذلك ليتم الاتساق بين تشريع الوصية وتشريع الميراث. وبناء على ذلك اختار القانون هذا الرأي وهو يتفق مع رأي أبي يوسف، من ناحية أن القتل مانع أجاز الوارث أم لم يجز.

وقد اشترط القانون لذلك شرطين:

١- أن يكون القتل عدوانا بلا حق ولا عذر فإن قتله قصاصا بأمر الحاكم لم يكن ذلك مانعا من الوصية، لأنه قتل بحق. وكذلك إذا قتله دفاعا عن نفسه أو عن ماله وإن تجاوز في دفاعه حقه الشرعي في ذلك. وكذلك إذا فاجأه مع زوجته فقتلهما. واشترط ذلك مما ذهب إليه كثير من الفقهاء على ما بينا سابقا.

٢- أن يكون القاتل عاقلا بالغا من العمر خمس عشرة سنة، فإن لم يكن عاقلا كان غير مكلف فلا يؤخذ بفعله ولا يمنع قتله الوصية له، بل هو في هذه الحالة لا يتصور منه القتل العمد.

وكذلك لا يمنع قتله الوصية إذا كان دون خمس عشرة سنة لأن قصده في هذه السن قصد غير كامل. ولأجل أن يتسق هذا التشريع مع تشريع قانون العقوبات، إذ يقضي بأن القاتل إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة لا يعدم ولا يحكم عليه بالسجن وإن كان يجازي بالحبس إذا ما تجاوز اثنتى عشرة سنة. راجع المواد من ٦ إلى ٧٣ عقوبات.



واشتراط العقل ذهب إليه جمهور الفقهاء خلافا للشافعية بناء على أحد قولين عندهم كما تقدم.

أما اشتراط السن فليس فيه خروج على قول أحد من ناحية أنها حد البلوغ شرعا. وقد اشترط جمهور الفقهاء لذلك البلوغ ولم يفرق القانون بين أن يكون القاتل فاعلا أصلا أم شريكا أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام والتنفيذ فعلا، وذلك ما يتفق في الجملة على ما ذهب إليه بعض الشافعية وأقوال في مذهب الحنابلة على ما بينا سابقا.

وقد أخذ القانون برأي المالكية والحنابلة وبعض الشافعية والزيدية في أن القتل خطأ لا يمنع الوصية وذلك لوجود العذر عنده وهو اختيار حسن.

ثامنا - رد الموصى له الوصية:

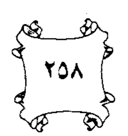
إذا رد الموصى له الوصية حال حياة الموصي فلا اعتداد بهذا الرد عند جمهور الفقهاء. وكأنه لم يحدث. وخالف في ذلك زفر فذهب إلى أن رد الوصية من الموصى له حال حياة الموصي مبطل لها في مقدار ما رده منها كلا أو بعضا. وقد ذكرنا وجه ذلك فيما سبق[1].

وكذلك روي عن بعض الإباضية أن رد الوصية حال حياة الموصي لا يبطلها إلا إذا علم به الموصي. أما إذا توفي قبل أن يعلم ذلك فإن الوصية تستمر للموصى له كما سبق بيان ذلك.

وإذا ردها بعد وفاة الموصي وكان ذلك قبل أن يقبلها بطلت الوصية. ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء الذين يرون أن تمام الوصية يتوقف على قبولها وليس يجديه بعد ذلك أن يقبلها إذ لا يتوجه قبول إلا إلى إيجاب قائم، وقد بطل الإيجاب بالرد فتبطل لذلك. وخالف في ذلك بعض الزيدية إذ ذهبوا إلى أنها لا تبطل بالرد في هذه الحال لوفاة الموصي مصرا عليها، ولذا اعتبر الإيجاب باقيا بعد الرد وكان للموصى له أن يقبلها بعد رده إياها.

---

(١) راجع ص ٤٥.



ويظهر لي أن من يرى من الفقهاء أنها تتم وتترتب عليها آثارها بمجرد وفاة الموصي دون توقف على قبولها من الموصى له يذهب إلى أن ردها بعد وفاة الموصي لغو من القول، إذ إنه لا يعدو أن يكون إعراضا عن ملك ثابت قد استقر منذ توفي الموصي فلا يؤثر فيه ولا يبطله رده ولا الإعراض عنه كما هو الشأن في الملك الثابت بالوراثة، وإذا ردها الموصى له بعد أن قبلها بعد وفاة الموصي لم يكن لهذا الرد أثر عند جمهور الفقهاء على ما بينا فيما سبق.

ويرى الزيدية أن هذا الرد إذا حدث بعد قبض الموصى له الموصى به فلا اعتداد به قولا واحدا. أما إذا حدث قبل قبضه كان في اعتباره وجهان أصحهما أنه لا اعتداد به أيضا لأن الملك قد ثبت واستقر بالقبول وهو غير متوقف على القبض. والقول الآخر إنه مبطل للوصية.

ويرى الحنابلة أن الرد إذا حدث بعد القبض فلا اعتداد به. وكذلك إذا حدث قبل القبض وبعد القبول إذا كان الموصى به قيميا، وذلك لتعينه واستقرار الملك فيه بناء على تعينه - أما إذا كان مثليا كأن كان مكيلا أو موزونا فإن ردها حينئذ بعد القبول وقبل القبض مبطل لها لعدم استقرار الملك في الموصى به بسبب عدم تعينه، إذ يجوز فيه الوفاء بالمثل.

وروي عن الشافعي في الاعتداد بالرد بعد القبول وقبل القبض وجهان أحدهما عدم الاعتداد به لثبوت الملك في الموصى به من غير توقف على القبض، ولا يملك الإنسان أن يتنازل عن ملكه. وثانيهما قبول الرد وبطلان الوصية له. وإلى ذلك ذهب الشيعة الجعفرية كما في تحرير الأحكام[1].

وقد اختار قانون الوصية الرأي القاضي بعدم الاعتداد بالرد إذا صدر في حياة الموصي م ٢٤.

وأنه إذا صدر بعد وفاة الموصي وقبل القبول تبطل به الوصية فيما رد منها - أما إذا صدر بعد القبول فلا اعتداد به إلا إذا قبل ذلك الرد أحد ورثة الموصي إذ بذلك تنفسخ الوصية فيما ردت سواء أكان ذلك قبل القبض أم

(١) تحرير الأحكام جـ٢ ص ٤٧.

بعده فإذا لم يقبله أحد من الورثة بطل وقد تقدم شرح ذلك وأنه مستمد من مذهب الحنفية.

وإذا قبل الموصى له بعض الوصية ورد بعضها الآخر لزمت فيما قبله منها بطلت فيما رده وإذا قبلها بعض الموصى لهم عند تعددهم وردها الباقون لزمت في حصة من قبل وبطلت في حصة من رد م ٢٣.

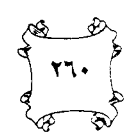
وإذا توفي الموصى له قبل القبول والرد كان الحكم في رد الورثة إياها كالحكم إذا ردها الموصى له لقيامهم مقامه في القبول والرد م ٢٤.

وكل هذا في الوصية الاختيارية أما الوصية الواجبة فستعلم فيما يأتي أنها تجب في التركة سواء أنشأها المورث أم لم ينشئها وعلى ذلك فهى لا تتوقف على إيجاب يصدر من صاحبها وإذا لم تتوقف على إيجاب لم تتوقف على قبول من الموصى له. وإنما يتم له الملك فيها بمجرد الموت كالميراث، وعلى هذا فلا يؤثر فيها الرد سواء أكان حال حياة الموصي أم بعد وفاته إذا لا أثر للإعراض عن ملك ثابت مستقر. ذلك ما يظهر لي من قواعد الفقهاء.

تاسعا وعاشرا - هلاك الموصى به. استحقاقه، تغيره:

إذا تمت الوصية وترتب عليها أثرها فثبت الملك للموصى له ثم هلك الموصى به أو تغير فهو مال من أموال الموصى له أصابه ما أصابه وهو في ملكه وضمانه فعليه غرم ذلك كما يكون له غنمه في هذه الحال.

وقد علمت فيما سبق بيانه اختلاف الفقهاء فيما تتم به الوصية: فمنهم من ذهب إلى أنها تتم بمجرد الموت دون توقف على القبول، وعلى ذلك فكل ما يصيب الموصى به بعد وفاة الموصي إنما يصيبه وهو على ملك الموصى له وفي ضمانه. ومنهم من ذهب إلى أن تمامها يتوقف على القبول، وعلى ذلك لا يثبت الملك للموصى له إلا إذا تحقق القبول، سواء أكان ثبوته من وقت الوفاة أم من وقت القبول على حسب الخلاف في ذلك.



وعلى ذلك فالموصى به قبل القبول على حكم ملك الموصي عند هؤلاء، فيما يصيبه قبل القبول من هلاك أو تغير يصيبه وهو على حكم ملك الموصي، فإذا هلك في هذه الحال أو هلك بعضه فإن محل الوصية يزول بذلك كلا أو بعضا. ويترتب على ذلك ضرورة بطلان الوصية فيما فات من محلها، إذ لا بقاء لوصية في شيء قد انعدم.

وكذلك الحكم عند الحنفية إذا ما تغير الموصى به أو بعضه قبل وفاة الموصي تغيرا يترتب عليه زوال اسمه وما يقصد منه كما سيأتي بيانه.

أما استحقاق الموصى به أو بعضه فإنه يبين به أن الموصي قد أوصى بما لا يملك. وقد قدمنا أن الوصية بما هو مملوك لغير الموصي باطلة. وعلى ذلك يظهر بالاستحقاق بطلان الوصية فيما استحق. لا فرق في ذلك بين أن يكون ظهور الاستحقاق قبل قبولها من الموصى له أم بعده، إذ يتبين أن لا وصية في هذه الحال.

وعلى الجملة فإن بطلان الوصية في هذه الأحوال نتيجة لانعدام موضوعها ومثله بطلانها بخروج الموصى به من ملك الموصي قبل وفاته حتى لو عاد إلى ملكه بعد ذلك لم تعد لأن ما ينعدم لا ينقلب موجودا.

هذا، ومما يجب ملاحظته أن هلاك الموصى به وفواته إذا كان حال حياة الموصي مبطل للوصية، سواء أكان ذلك بآفة سماوية لا يد لأحد فيه أم كان نتيجة اعتداء عليه ولو من غير الموصي. وذلك لزوال محلها بذلك. والوصية بعين ليست وصية بضمانها وبدلها عند استهلاكها.

أما إذا كان ذلك بعد وفاة الموصي وقبل القبول فإنه يكون مبطلا للوصية إذا كان بغير اعتداء على الموصى به يستوجب ضمانه. وذلك لزوال محلها لا إلى بدل. أما إذا كانت نتيجة اعتداء مستوجب للضمان كأن تعدى عليه إنسان فأتلفه أو أتلف شيئا منه فإن قيمة ما أتلف يتعلق بها حق الموصى له كما كان متعلقا بعين الموصى به. فإذا قبل الموصى له الوصية تملك تلك القيمة



بالقبول. إلى هذا ذهب الحنفية، كما نص على ذلك السرخسي في مبسوطه. وإليه ذهب أحمد بن حنبل أيضا كما في قواعد ابن رجب.

ومرد ذلك إلى أن ملك الموصى له يستند إلى وقت الموت. وبذلك يظهر أن الاعتداء قد وقع على ما يملك فيستحق لذلك ضمانه. وذكر السرخسي لذلك وجها آخر، هو أن حق الموصى له قد تأكد بالموت. فيثبت لذلك في البدل. بخلاف ما إذا حصل الاستهلاك قبل الموت فإن حقه لم يتأكد، فتبطل الوصية بفوات محلها ولا تتحول إلى البدل.

وهذا أساس ما جاءت به المادة ١٥ من قانون الوصية ونصها:

تبطل الوصية إذا كان الموصى به معينا وهلك قبل قبول الموصى له. وهذا النص يدل دلالة واضحة على أن القانون قد اختار المذهب القاضي بأن ثبوت الملك للموصى له متوقف على تحقق قبوله كما قدمنا ذلك. وقد أشرنا فيما سبق إلى أنه يثبت في هذه الحال من وقت الوفاة لا من وقت القبول على ما ذهب إليه القانون.

وهلاك الموصى به أو هلاك بعضه قبل تمام الوصية بالقبول المعتبر - وهو القبول بعد وفاة الموصي - إنما يتصور في موصي به معين أو في موصي به هو جزء من معين - وذلك بأن يهلك المعين الذي أوصى به كله أو الذي أوصى بجزء منه شائع فيه - أما إذا لم يكن معينا ولا جزءا من معين فلا يتصور هلاكه، إذ إن هلاك الشيء يستلزم وجوده وتشخصه قبل حلول الهلاك به وإلا فكيف يحكم بهلاك ما لا تشخص له في الخارج.

وقد أشرنا فيما سبق عند شرحنا لما يشترط في الموصى به من شروط إلى أن الموصى به قد يعينه الموصي بأية وسيلة من وسائل التعيين التي ذكرناها، كالإشارة إليه أو وصفه أو ذكره باسمه الخاص به أو نحو ذلك مثل أن يوصي بهذه الدابة أو بهذه النقود.

وقد يكون جزءا شائعا مما عينه الموصي بوسيلة من هذه الوسائل، كأن يوصي بنصف هذه الدابة أو بثلث نقوده المودعة الآن في مصرف كذا. فإذا



نفقت هذه الدابة أو ضاعت هذه النقود بطلت الوصية في الحالين لفوات محلها بهذا الهلاك.

كما تبطل في الهالك منه إذا هلك بعض المعين الموصى به كأن يوصي بهذه النقود فيضيع نصفها أو بهذه الأفراس فينفق عشرة منها فإن الوصية تظل باقية فيما بقي من النقود أو الأفراس وتبطل فيما ضاع أو هلك.

وكذلك الحكم إذا أوصى بنوع من أنواع المال أو بجزء شائع منه فتلف ولم يوجد منه عند القبول شيء أو أوصى بثلث ماله فتلف ماله وفات حتى لم يوجد له عند القبول مال، أو أوصى له بفرس من أفراسه فهلكت جميع أفراسه حتى لم يبق منها شيء عند القبول - أو أوصى له بركوب دابته هذه مدة سنة فنفقت قبل قبوله، أو أوصى بشراء سيارة لفلان من ثمن هذه الأفراس فنفقت هذه الأفراس قبل القبول.

ففي كل هذه الأحوال تبطل وصيته لزوال محلها وذلك محل اتفاق بين الفقهاء، وهو ما تقضي به المادة ١٥ من القانون بدلالتها عليه وضعا أو لزوما أو مقايسة. إذ مناط بطلان الوصية فيها زوال محلها. وذلك متحقق في جميع هذه الصور.

وليس في هذا خلاف بين الفقهاء من أرباب المذاهب الذين يرون أن تمام الوصية متوقف على قبولها. وذلك ما أخذ به قانون الوصية كما ذكرنا.

أما الذين يرون أنها تتم بمجرد الموت دون توقف على القبول فإن حدوث شيء مما سبق قبل الموت يبطلها، وأما حدوثه بعد الموت وقبل القبول فلا يعد مبطلا لها، لأنه قد حدث بعد تمامها وصيرورة الموصى له مالكا لما أوصى به له فإذا تلف تلف وهو على ملكه.

ويتصل بهذا الموضوع مسائل من المستحسن أن نذكرها هنا استجابة لوحدته واستكمالا لبحثه من جميع نواحيه وأطرافه. وهاك بيانها:



أولا - إذا أوصى شخص بثلث ماله أو بربع تركته وله مال عند الإيصاء أو لا مال له عنده ولكنه ملك بعد ذلك مالا فتوفي عنه صحت الوصية في الحالين وكان للموصى له فيهما ثلث ما يترك من مال عند الوفاة أو ربعه، لا يؤثر في ذلك أن يكون ما كان له من مال عند الإيصاء قد هلك وفات جميعه ثم ملك غيره بعده أو قد نقص بعد الإيصاء بأي سبب من الأسباب ثم زاد، أو لم يزد. فله في جميع هذه الأحوال ثلث ما يترك الموصي من مال عند الوفاة. لأن إيجابه بالوصية في هذه الحال يعتبر إيجابا وقت الموت. كما نص على ذلك قاضيخان في شرحه على الزيادات وكما جاء في الهندية نقلا عن التبيين(١).

وإلى هذا ذهب الحنفية ومالك وأحمد والشافعي على أصح القولين عنده وهو قول النخعي وأبي ثور والأوزاعي.

لا فرق في ذلك بين مال يعلمه الموصي ومال لا علم له به. وحكى عن الفقيه أبان بن عثمان وعمر بن عبد العزيز وربيعة الرأي: أن الوصية تقتصر على ما يعلمه الموصي من أمواله، ولا يدخل فيها مالا علم له به منها وهذه رواية أخرى عن مالك. والرواية الأولى أصح لأن ما لم يعلمه الموصي من أمواله وداخل في تركته فيدخل في وصيته لعموم لفظها - ونقل عن الشافعي أن العبرة بما له من أموال وقت الإيصاء فلا يدخل فيها ما يستجد له من أموال بعده.

وعلى ذلك يتبين أن الهلاك لم يمس الموصى به ولا شيئا منه حتى يترتب على ذلك بطلان الوصية فيما فات منه. إذ قد تبين أن الموصى به في الواقع هو ثلث ما يتركه الموصي عند موته.

(١) راجع الهندية جـ٦ ص ١٠٦ فقد جاء فيها: ولو أوصى بثلث ماله لشخص ولا مال له وقت الوصية كان له ثلث ما يملكه عند الموت سواء اكتسبه بعد الوصية أو قبلها؛ متى لم يكن الموصى به عيناً أو نوعا معينا.



وبناء على ذلك إذا هلكت تركته كلها بعد الموت وقبل القبول بطلت وصيته لفوات الموصى به قبل تمامها، كما تبطل كذلك إذا كان هلاكها بعد القبول وقبل قسمة التركة بين الورثة والموصى له، إذ لا يتحقق تمامها إلا بالقسمة كما سيأتي بيان ذلك.

وإذا هلك بعضها بعد الموت فقد أصاب الهلاك مالا ظهر بقبول الوصية أنه كان مشتركا بين الموصى له والورثة. وذلك لثبوت ملك الموصى له في الموصى به مستندا إلى وقت الموت كما تقدم، وإذن يكون الهالك على حساب جميع الشركاء وهم الورثة والموصى له، ولا يكون للموصى له في هذه الحال إلا ثلث الباقي بعد الهلاك أو ربعه، لبطلان الوصية فيما فات من ثلث التركة عند الوفاة بسبب الهلاك. وهذا ما ذهب إليه الائمة الأربعة. وهذا ما ذهب إليه قانون الوصية كما تدل على ذلك م ٤٩ بطريق الدلالة والمقايسة. فإن هلاك جزء من نوع موصى به كهلاك جزء من التركة لا فرق بينهما.

وقد جاء في مبسوط السرخسي: الموصى له بثلث المال شريك للوارث في التركة. ولا يتقدم تنفيذ وصيته فيها على تسليم نصيبه منها. وإذا نقصت نقص نصيب كل منهم بقدر ذلك لاستوائهم في سبب الملك والاستحقاق وهو الخلافة، إلا أن خلافة الوارث شرعية وخلافة الموصى له جعلية بحكم الشارع، وليس لاختلاف نوعي الخلافة تأثير في آثارهما اهـ.

ثانيا - إذا أوصى شخص بنوع من أموال تركته دون أن يعينه أو ينسبه إلى ماله كأن يوصي لفلان بغنمه أو ببقره أو بكتبه دون أن يعينه: فيقول بغنمه هذه ونحو ذلك أو دون أن ينسبه فيقول بما يوجد في ملكه من غنم أو كتب، فإن إيجابه بالوصية أيضا في هذه الحال يعد إيجابا بها وقت الموت. فيكون للموصى له ما يكون في تركة الموصي من ذلك عند وفاته. سواء أكان يملك عند الإيصاء شيئا من ذلك أم لا يملك. وسواء في ذلك ما كان يملكه منه عند الإيصاء وما ملكه بعده. لا يؤثر في وصيته أن ما كان له من ذلك عند الإيصاء قد هلك جميعه أو بعضه فللموصى له جميع ما يوجد من ذلك عند الوفاة. نص على ذلك صاحب المحيط البرهاني في كتاب الوصية إذ جاء

فيه: وإذا أوصى الموصي بشيء فلم ينسبه ولكن سماه فقط كالإيصاء بغنمه وبقره، فإن الوصية تكون بما عنده وقت الوصية وبما يستفيده بعد ذلك. وعليه تكون العبرة بما يوجد من ذلك عند الموت. وجاء مثل ذلك في الفتاوى الهندية نقلا عن التبيين وهو: ولو قال عبيدي لفلان أو براذيني لفلان ولم يضف إلى شيء ولم يسمهم يدخل فيه ما كان له في الحال وما يستفيده قبل الموت(١).

وعلى ذلك لا يكون هلاك شيء من هذا النوع قبل الوفاة له مساس بالموصى به حتى يكون من أثره بطلان الوصية في شيء منه. ولكن إذا هلك بعض هذا النوع بعد الوفاة وقبل القبول فإن الهلاك في هذه الحال يصيب مالا ظهر أنه مال مملوك للموصي من وقت الوفاة بناء على قبول الموصى له الوصية واستناد الملك إلى وقت الموت وإذن يكون هلاكه على حساب الموصى له ولا تأثير له في الوصية أيضا، لأنه ظهر أنه حدث بعد أن أفادت أثرها.

على أنه إذا قيل إن ملك الموصى له يثبت عند قبوله مستندا إلى وقت وفاة الموصي فلا يثبت إلا في مال موجود عند القبول لا في مال معدوم عنده، وعلى ذلك تبطل الوصية فيما هلك من النوع الموصى به قبله - كان لهذا القول وجه صحيح وإن كانت النتيجة الواقعية للقولين واحدة. وهي أن ليس للموصى له إلا الباقي من النوع بعد الهلاك متى وسعه ثلث التركة، وهذا كما هو ظاهر مبني على رأي من يرى أن الوصية تفيد أثرها عند الموت بشرط القبول. أما على رأي من يرى أن الوصية تتم بمجرد الوفاة فالهلاك قد أصاب الموصى به وهو على ملك الموصى له. وأما على رأي من يرى أن الملك يثبت للموصى له عند القبول فإن الوصية تبطل فيما هلك من النوع في رأيهم لزوال محلها. وذلك ما ذهب إليه الحنابلة. وعلى أية حال فالأثر الفعلي المترتب على جميع هذه الآراء واحد، وهو أن ليس الموصى له إلا الباقي من النوع بعد الهلاك.

---

(١) راجع الفتاوى الهندية جـ٦ ص ١٠٦.



ذلك ما ذهب إليه الحنفية فهم يصححون الوصية في هذه الحال سواء أكان ما أوصى به من نوع موجودا في ملكه عند الإيصاء أم غير موجود ثم وجد لما قدمنا من أنهم يعدون الإيجاب في هذه الحال إيجابا عند الوفاة. وذلك ما ذهب إليه الشافعي على أصح القولين عنده وهو أحد قولين عند الحنابلة. أما القول الآخر عند الشافعية والحنابلة فهو عدم صحة الوصية في هذه الحال إذا لم يكن النوع الموصى به في ملك الموصي عند الإيصاء، إذ يشترط على هذا القول لصحة الوصية وجود الموصى به في ملك الموصي عند الإيصاء وهو قول مالك وإليه ذهب الزيدية والشيعة الجعفرية[1] وبناء على هذا القول تتقيد الوصية بما يوجد منه عندها فإذا هلك جميعه قبل الوفاة أو بعدها قبل تمام الوصية بطلت وإذا هلك بعضه بطلت في الهالك لزوال محلها فيه. وكان للموصى له الباقي متى وسعه ثلث التركة.

ثالثا - إذا أوصى شخص بجزء شائع في نوع من أموال التركة كأن يوصي إنسان لآخر بثلث غنمه أو بربع بقره أو بنصف نقوده أو نحو ذلك فلذلك حالتان:

الأولى: ألا يكون الموصي مالكا لشيء من هذا النوع وقت الإيصاء.

الثانية: أن يكون مالكا لشيء منه في ذلك الوقت:

الحالة الأولى:

فإن لم يكن مالكا لشيء منه وقت الإيصاء فللحنفية في ذلك روايتان: رواية تقضى بأن الوصية في هذه الحال تكون باطلة وهي رواية الأصل وأحد قولين عند الحنابلة وعند الشافعية وهو مذهب مالك والزيدية والشيعة الجعفرية.

(١) راجع نهاية المحتاج جـ٦ ص ٥١ والبحر الزخار جـ٥ ص ٥١٣ والشرح الكبير للدردير والدسوقي عليه جـ٤ ص ٤٤٠ والمغني جـ٦ ص ٥٨١ وما بعدها وتحرير الكلام جـ١ ص ٢٩٦ والهندية جـ٦ ص ١٠٦.

ورواية تجعل العبرة بوقت وفاة الموصي. فإن كان يملك شيئا من هذا النوع عندها صحت الوصية. ويكون للموصى له ما أوصى له به فيه، فإذا أوصى له بربع الغنم كان له ربع الغنم التي توجد عند الوفاة متى وسعه الثلث ويكون شريكا فيها مع الورثة عند تمام الوصية على نسبة ما أوصى له به أو على نسبة ما يحمل ثلث التركة. وإن لم يوجد شيء من هذا النوع عند الموت بطلت الوصية لانعدام محلها إن وجد منه شيء عندها. أو ظهر أنها صدرت باطلة منذ نشأت إن لم يوجد منه شيء في ملك الموصي عندها وهذه رواية الكرخي وأصح القولين عند الشافعي وأحد قولين عند أحمد.

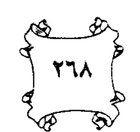
وفي هذه الحال يرى أن الموصى به عند صحة الوصية هو سهم مما يوجد من ذلك النوع عند الوفاة. وإن الهلاك في هذا النوع قبل الوفاة لا يمسه، وعليه لا يكون له أثر في الوصية، ولكن إذا هلك شيء من النوع بعد الوفاة وقبل تمام الوصية هلك على حساب جميع الشركاء فيه من ورثة وموصى له. كل بقدر سهمه فيه على ما ذهب إليه زفر.

وسيأتي بيان رأي سائر الفقهاء في ذلك عند كلامنا على هلاك بعض النوع الموصى به إذا تعين.

الحالة الثانية:

وإذا كان الموصي مالكا لشيء من هذا النوع وقت الإيصاء فإن وصيته تتقيد بما يملك منه عند ذلك كما تتقيد بالعين المعينة إذا ما أوصى بجزء شائع منها اتفاقا. ولهذا لا يكون للموصى له حق إلا فيما يبقى من ذلك النوع الذي كان له وقت الوصية دون ما يملكه بعدها منه.

وذلك ما جاء في المحيط البرهاني من كتاب الوصية وهو: «الأصل في ذلك أن كل شيء يسميه الموصي وينسبه إلى شيء من التركة «نوع أو عين» لم تكن الوصية به إلا في ذلك الشيء بعينه الموجود عند الإيصاء فتتقيد به وتبطل بهلاكه أو بخروجه من ملك الموصي. وإذا تملك الموصي شيئا منه في حياته بعد هلاكه أو عاد ذلك الشيء إلى ملكه بعد خروجه منه لم تعد وصيته مرة

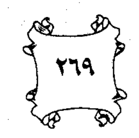


أخرى. وإذا ازداد بعد الوصية بسبب من الأسباب لم تدخل الزيادة في الوصية. وعلى هذا إذا أوصى بثلث غنمه كان للموصى له ثلث الغنم الموجودة في ملك الموصي عند الإيصاء، إذا كان له عند الإيصاء غنم دون ثلث ما سيحدث من غنم بعد ذلك. وإذا هلك جميعه بطلت الوصية. ويستثنى من ذلك أن ينسب الموصي الموصى به إلى جميع ماله أو تركته فيوصي بثلث ماله أو تركته فإن العبرة حينئذ بما يوجد عند الموت من ذلك. وإذا استحدث ملكا جديدا بعد الإيصاء شملته الوصية. وإذا أوصى الموصي بشيء فلم ينسبه ولكن سماه فقط كالإيصاء بغنمه وبقره فإن الوصية تكون بما عنده وقت الوصية وبما يستفيده بعد ذلك. وعليه تكون العبرة بما يوجد من ذلك عند الموت» اهـ.

وبناء على ما ذكر إذا أوصى شخص لآخر بثلث غنمه أو أرضه أو نقوده المودعة في بنك مصر اقتصر حق الموصى له على ما يبقى من غنمه أو أرضه أو نقوده عند موت الموصي مما كان مملوكا له عند الوصية. كما يقتصر حقه على ما يبقى من الموصى به إذا كان عينا معينة مشخصة قد أوصى له ببعضها شائعا فهلك جزء منها - وإذا استجد من ذلك النوع بعد الوصية ملك لم يدخل في الوصية. وإذا ماتت جميع الغنم أو استحقت كل أرضه أو ضاعت جميع نقوده بطلت الوصية لزوال محلها كما تقدم، ولم يكن للموصى له حظ فيما استحدثه الموصي بعد ذلك من نوع هذا المال.

وكذلك إن تملك الأرض التي استحقت فصارت ملكا له لم تعد الوصية بعد بطلانها بالاستحقاق، خلافا لبعض المالكية فإنهم يقولون بعود الوصية إذا ما عادت الأرض إلى ملكه كما أشرنا إلى ذلك فيما مضى.

أما وجه تقيد الوصية في هذه الحال بما يكون في ملك الموصي من ذلك النوع وقت الإيصاء فلما يقضى به العرف من أن الذي يوصي بثلث غنمه مثلا وله غنم لا يريد عادة إلا ما يملكه حين الوصية.

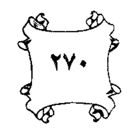


هلاك بعض النوع الذي تتقيد به الوصية:

وإذا تقيدت الوصية في هذه الحالة السابقة بالنوع الذي كان في ملك الموصي عند الإيصاء، أو بما وجد منه في تركته عند الوفاة إذا لم يكن في ملكه عند الإيصاء شيء منه، ثم هلك بعضه أو استحق قبل الوفاة في الحال السابقة، أو بعد الوفاة وقبل تمام الوصية في الحال الأخرى، فهل تبطل الوصية فيما هلك أو استحق، كما تبطل بهلاك الكل، وإذن لا يكون للموصى له إلا بقدر ما جعله له الموصي من سهام تنسب إلى الباقي من النوع؟

ذهب الحنفية إلى أن الحكم في ذلك يختلف باختلاف حال المال الذي أوصى بسهم منه. فإن كان ذلك المال مما لا يقبل القسمة جبرا كالدور المتفاوتة تفاوتا فاحشا لاختلافها مادة وإنشاء، والثياب المتفاوتة كذلك لاختلافها مادة ونسيجا، والجواهر، فإن الموصى له لا يستحق عند هلاك بعض هذه الأموال أو استحقاقه إلا سهمه الموصى له به منسوبا إلى ما بقي منها عند الموت أو عند التنفيذ.

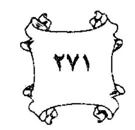
فإذا كان الموصي يملك عند الوصية خمس عشرة دارا في أصقاع مختلفة فأوصى لصديق له بثلثها ثم باع تسع دور منها أو استحقت تسع دور منها وتوفي عن ست فقط لم يكن للموصى له بالقبول إلا ثلث الدور الست الباقية. وبطلت الوصية في ثلث ما بيع أو استحق. وكذلك الحكم في الجواهر يوصي صاحبها بربعها ثم يستحق بعضها، وفي الثياب المختلفة يوصي بسدسها ثم يتلف بعضها، فلا يكون للموصى له من ذلك إلا ربع الباقي من الجواهر عند الموت، وإلا سدس الثياب الباقية عند الوفاة أيضا. وكذا إذا كان الموصي قد أوصى بثلث منازله وليس له عند الوصية منازل ولكنه توفي عن تسعة منازل، ثم استحق بعد وفاته وقبل تمام الوصية بالقبول منزلان فلا يكون له بعد القبول إلا ثلث الباقي من المنازل السبعة الباقية، وبطلت الوصية في ثلث ما استحق بعد الوفاة، وكذلك الحكم إذا أوصى شخص لآخر بثلث



دوره ولم يكن له من الدور شيء عند الوصية ثم توفي عن تسعين دارا ثم استحق من الدور بعد ذلك ثلاثون قبل تمام الوصية لم يكن للموصى له إلا ثلث ما يبقى من الدور عند التنفيذ وهو ستون داراً.

وإن كان ذلك المال مما يقبل القسمة جبرا - وكذلك إن كان عينا معينة كما سيأتي - كالغنم أو البقر أو الأفراس أو الحبوب أو الأرض الزراعية أو الدار فإن الموصى له يستحق من الباقي منه عند هلاك بعضه أو عند استحقاق بعضه جميع ما أوصى له به من سهام إلى النوع جميعه لا إلى الباقي منه - ولذا ينظر إلى الباقي منه عند وفاة الموصي أو عند التنفيذ فإن كان مثل ما أوصى به أو أقل منه أخذه الموصى له جميعه. وإن كان أكثر منه أخذ منه كل ما أوصى به مع مراعاة خروجه من ثلث التركة، ثم لا يسلم إليه مع ذلك إلا ما يسعه ثلث الأموال الحاضرة من التركة على ما سيأتي بيانه. فإذا أوصى شخص لآخر بثلث غنمه ثم نفق ثلثاها قبل الوفاة أو بعد الوفاة قبل تمام الوصية، كان للموصى له جميع باقيها عند الوفاة أو عند التنفيذ؛ لأنه ثلث جميع الغنم عند الوصية أو عند الموت. وكذلك إذا أوصى إنسان لآخر بربع نقوده المودعة في بنك مصر ثم أنفق بعد ذلك ثلثيها أو ضاع ثلثها بعد الوفاة وقبل تمام الوصية بسبب من الأسباب دون ضمان له، فإنه يكون للموصى له ربع جميع ما كان للموصي من نقود عند الوصية أو عند الموت وذلك ما يعادل ثلاثة أرباع الباقي، وهكذا مما لا يخفى تطبيقه مع مراعاة ما تقدم. وكل ذلك مع ملاحظة خروج الموصى به من ثلث التركة، وإلا توقفت الوصية فيما زاد عليه على إجازة الورثة - وإذا كان الباقي بعد الهلاك أو بعد الاستحقاق يساوي مقدار الموصى به أو أقل منه أخذه الموصى له جميعه - كما ذكرنا.

وهذا ما ذهب إليه أبو حنيفة وصاحباه - وذهب زفر إلى أن الموصى له في الوصية بجزء شائع في التركة أو في نوع منها أيا كان ذلك النوع، قبل القسمة جبرا أم لم يقبلها - يكون بتمام الوصية شريكا للورثة على قدم المساواة في التركة التي أوصى بجزء شائع فيها أو في النوع الذي أوصى بجزء



شائع فيه. فما يهلك من ذلك تمامها يهلك على جميع الشركاء وهم الموصى له والورثة، وكذلك الحكم إذا حدث الهلاك قبل موت الموصي فإن الهلاك يكون على حساب الموصى له والورثة، وعلى ذلك لا يكون للموصى له في جميع الأحوال إلا ما أوصى له به من سهم ينسب إلى الباقي من النوع. فإذا أوصى إنسان لآخر بثلث دراهمه أو بثلث داره أو بثلث دوره المختلفة ففات نصف ذلك بأي سبب من الأسباب فليس للموصى له إلا ثلث الباقي وهو النصف وذلك ما يعادل سدس النوع الموصى به في جميع الأحوال.

وهكذا لا يتقدم الموصى له على الورثة في حال منها ولا تكون له أولوية عليهم، ولا يختلف هذا الحكم عند زفر إلا في حال الاستحقاق فإنه إذا استحق بعض النوع أو المال الذي أوصى بسهم منه فإن الاستحقاق لا يؤثر في حق الموصى له بالنقص ولا ينصرف إلا إلى ما هو للورثة متى خرج الموصى به من التركة لما سيأتي. لا فرق في ذلك بين أن يكون الموصى به شائعا في التركة كلها أو في نوع منها قبل ذلك المال الموصي بسهم منه القسمة جبرا أم لم يقبلها. ولعل وجه ذلك أن الوصية إذا كانت بجزء شائع من نوع كثلث غنمه أو ثلث دوره أو ثلث نقوده مثلا وكان هذا النوع موجودا عند الإيصاء فإن الوصية تتقيد به، وكانت عبارتها دالة على أن الموصي قد قصد إلى أن يكون هذا النوع بين الموصى له وورثته على الوضع الذي بين: للموصى له الثلث مثلا وباقية لورثته وهو الثلثان، وذلك يقتضي ألا يتقدم أحدهما على الآخر بالنسبة لهذا الوضع، إذ ليس في عبارة الوصية ما يدل على ذلك، ويكون غرض الموصي قد اتجه إلى أن تكون جميع أجزاء هذا النوع أو وحداته على هذا الوضع: للموصى له ثلث كل منها وللورثة ثلثاه. وكأن وصيته وصايا متعددة بعدد الأجزاء أو الوحدات كل وصية بالثلث منها. فإذا فات شيء من ذلك النوع فات على وضعه الذي وضعه فيه الموصي وفات بفواته غرضه فيه من جعله بين الموصى له وورثته على ما بين، وفاتت كذلك وصاياه فيه بفوات محلها، وبقي غرضه ووصاياه فيما بقي من النوع، وذلك يستوجب أن يكون ما بقى منه بين الموصى له والورثة على ما بين إذا ما حل

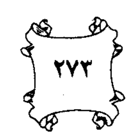


وقت نفاذ ذلك وهو وقت الوفاة. فلا يجوز مع هذا أن يعطى الموصى له من الباقي في حالة من الحالات أكثر مما جعله له الموصي في هذا الباقي من سهام معينة منه لأن في ذلك مخالفة لغرض صحيح من أغراض الموصي؛ ولهذا الغرض آثاره ونتائجه المقصودة وذلك لا يجوز.

أما إذا لم يكن النوع الموصي بجزء منه موجودا عند الإيصاء وتقيدت الوصية بما وجد منه عند الوفاة - وبها تتم الوصية عند زفر دون توقف على القبول كما قدمنا - فإن الموصى له يصير بذلك شريكا للورثة في هذا النوع بمقدار ما أوصى له به فيه على قدم المساواة. وعلى ذلك فما يهلك منه بعد الوفاة وقبل القسمة يهلك على الجميع، فلا يكون للموصى له إلا سهمه منسوبا إلى الباقي من هذا المال، ولا تكون له أية أولوية عليهم. فإذا أوصى الموصي لآخر بثلث نوع من المال أو بربعه سواء أكان هذا المال يقبل القسمة جبرا أم لا يقبلها[1] فهلك بعضه لم يكن للموصى له إلا ثلث الباقي أو ربعه لأنه شريك على قدم المساواة فوجب أن يصيبه ما أصابهم ولا يتقدم عليهم فإن آية الشركة المساواة بين الشركاء عند نقص المال المشترك أو زيادته، وما ذهب إليه أبو حنيفة وصاحباه عند التدليل على مذهبهم من أن الإيصاء بثلث نقود جملتها ستمائة جنيه هو إيصاء بمائتي جنيه منها من كل وجه غير صحيح، ذلك لأن الإيصاء بثلثها إنما يجعل الموصى له شريكا في كل جنيه منها بقدر ثلثه شائعا فيه بل شريكا في كل جزء من أجزائه. أما الإيصاء بمائتي جنيه منها فإنه يجعل للموصى له من هذه النقود مائتي جنيه منها ضالة في الستمائة جنيه ولا يجعل الموصى له شريكا في كل جنيه من الستمائة

---

(١) القسمة نوعان: قسمة لا يجبر الآبي عليها كقسمة الأجناس المختلفة إذا أعطى كل شريك جنسا بتمامه، وكقسمة الدور المختلفة الموقع والصقع والبناء والمادة، وكقسمة الثياب المختلفة الأنواع، وقسمة الجواهر، وقسمة ما لا ينتفع بأجزائه بعد القسمة الانتفاع الذي كان له قبلها، كقسمة الثوب الواحد وآلة الطحن وآلة الري - وقسمة يجبر الآبي عليها كقسمة متحد الجنس مما لا تتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا، سواء أكان من المثليات أم من القيميات كالغنم والأفراس والأرض الزراعية والدار الكبيرة والبر والشعير والنقود.

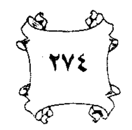


جنيه، ولكن الجنيه منها قد يكون كله للموصى له لأنه من المائتين، وقد يكون كله للورثة لأنه من الأربعمائة جنيه وبهذا يظهر الفرق بين الصورتين واضحا.

وإذا كان الموصى له بمائتي جنيه إنما يستحق مائتي جنيه في الستمائة كان في هذه الحال شبيها بالغريم فتكون عند ذلك الأولوية عند التنفيذ فيتقدم الورثة لقوله تعالى: ﴿...مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ...(١١)﴾ [النساء] أما في الوصية بثلث الستمائة فلا يعد شبيها بالغريم وإنما هو شريك للورثة حقيقة في كل جنيه من هذه النقود بحق الثلث. فإذا ضاع شيء منها ضاع على الجميع كل بقدر حصته ولا يكون له فيها حق الأولوية على الورثة، وإمكان جمع النصيب في نوع من المال وعدم إمكانه في نوع آخر كما قال الأئمة الثلاثة لا يغير الحقائق ولا يبدل معاني العبارات. وعلى هذا فالهلاك إذا أصاب المال المشترك كان على جميع الشركاء في جميع الحالات.

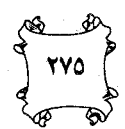
وهذا بخلاف استحقاق جزء من المال الذي أوصى بسهم منه، فإنه يظهر بذلك - إذا ما استحق ثلثاه - وقد أوصى الموصي بثلثه - أن الموصي لم يكن له منه عند الوصية إلا ثلثه، فوجب أن تصرف الوصية إليه لاعتمادها على الملك تصحيحا لعبارة العاقل الرشيد وحملا لها على الجادة، إذ الشأن في مثله ألا يوصي بما هو مملوك لغيره. وعلى ذلك يكون كأنه قد أوصى بالثلث الذي يملكه في ذلك المال - فيكون جميعه للموصى له ولا يضيره بعد ذلك استحقاق الثلثين سواء أظهر ذلك قبل موت الموصي أم بعده.

ووجه ما ذهب إليه الأئمة الثلاثة أن الوصية فيما يقبل القسمة جبرا تخالف الوصية في التركة كلها والوصية فيما لا يقبل القسمة جبرا من المال. ذلك لأن الموصى له يستحق بالوصية فيما يقبل القسمة جبرا من المال مقدارا معلوما منه يصير به شبيها بالغريم نتيجة لإمكان جمع النصيب المتفرق الشائع الموصى به من ذلك المال في مقدار معين منه دون توقف ذلك على اتفاق أو رضى بين الشركاء.



بيان ذلك: أن الموصي إذا كان يملك ستمائة جنيه فأوصى لآخر بثلثها كان ذلك في المعنى والواقع والغرض وصية بمائتي جنيه منها دون قصد إلى إشراك الموصى له في كل جزء من أجزاء أفرادها ودون أن يخطر ذلك ببال الموصي عندما تصدر منه هذه العبارة. وصار كأنه قد أوصى ابتداء للموصى له بمائتي جنيه من هذا المبلغ، ولو سئل بعد وصيته عن مقدار ما أوصى به منها ما أجاب بغير ذلك وهو لو فعل ذلك فأوصى له بمائتي جنيه ابتداء لكان للموصى له هذا المبلغ اتفاقا ما بقى من الستمائة جنيه ما يفي بذلك، لا يمسه هلاك بعضها ما دام في الباقي الوفاء به، وما دام ثلث التركة يسعه. وإذا كان هذا هو الحكم في هذه الصورة بالاتفاق فإنه يجب أن يكون هو الحكم أيضا فيما هو في معناها، إذ لا فرق في الحقيقة بين الحالين لما بينا. وكذلك الحال في الغنم وفي الأفراس والدار الكبيرة وما أشبه ذلك.

وإلى ذلك يرى أن تنفيذ الوصية إنما يكون بعد الموت عند قسمة التركة بين الموصى له والورثة. وعند ذلك يتعين محل الوصية وليس يوجد عند ذلك إلا الباقي بعد الهلاك أو الاستحقاق، فيستحق منه الموصى له جميع ما أوصى به له لوفاة الموصي مصرا على ذلك وإمكان تنفيذه في الباقي، ولأن الموصي جعل حاجته في هذه العين مقدمة على حق ورثته بقدر ما سمى للموصى له، فكان حق الورثة فيها كالتبع، وإنما يجعل الهلاك في التبع لا في الأصل كما في المضاربة، إذ يجعل الهلاك فيها أولا في الربح لا في رأس المال. وهذا بخلاف ما إذا أوصى بثلث ثلاثة أجناس من المال مثلا أو بثلث ثلاث دور مختلفة فاستحق جنسان أو داران فلا يكون للموصى له إلا ثلث ما بقي، وأن ما بقي لا يعدّ محلا لكل ما أوصى به. ألا ترى أنه لو بقيت الأجناس الثلاثة، أو الدور الثلاث لم يكن للموصى له أن يجبر الورثة على أن يقسم الكل قسمة واحدة فيأخذ أحد الأجناس أو إحدى الدور بينما في الجنس الواحد يكون للموصى له أن يجبر الورثة أن يأخذ ثلثه مجموعا في جملة من أفراده إذا أوصى له بثلثه ولو هلك ثلثاه فإن الباقي هو الثلث في هذه الحال تنطبق عليه عبارة الموصي.



وهذا أيضا بخلاف ما إذا أوصى شخص بثلث دوره وله ثلاث دور فإن ذلك لا يكون في المعنى والواقع والغرض بمنزلة الإيصاء بدار واحدة من هذه الثلاث، إذ قد تكون قيمة الدار منها أقل من سهم من مائة من قيمتها مجتمعة. فلا يمكن جمع نصيب الموصى له في دار معينة منها من غير رضى الشركاء. وعلى هذا كان هذا الإيصاء إيصاء بثلث كل دار منها، فإذا استحق منها داران بطلت الوصية فيهما وبقيت في الدار الباقية فكان للموصى له ثلثها، وكذلك الحكم في الوصية بثلث التركة أو ثلث المال وبناء على ما تقدم يكون الموصى له بجزء شائع فيما يقبل القسمة جبرا بمنزلة الغريم فيتقدم حقه في محله «وهو المال الموصي بجزء منه أو العين» عند التنفيذ فيه. كما يتقدم حق الغريم في محله وهو التركة. وتكون النتيجة أن الهلاك إذا كان في مال لا يقبل القسمة جبرا كان على جميع الشركاء لاستوائهم حينئذ في الشركة. وإذا كان فيما يقبل القسمة جبرا لم يكن الشركاء فيه على سواء بل يكون الموصى له كما قدمنا في حكم الغريم، فيتقدم الورثة عند التنفيذ، حملا لعبارة الموصي على ما قصده منها، وهو أن يكون للموصى له مقدار معين لا سهم شائع من المال. وإذن لا يصيب الهلاك إلا حصة الورثة فقط ما دام في الباقي من المال وفاء لما أوصى به الموصي من مقدار ،إذ إن الوصية تتعلق به ما دام له وجود في هذا المال.

ومن هذا يظهر أيضا أنه لا فرق في الحكم بين أن يكون نقص هذا المال بسبب الهلاك أو بسبب الاستحقاق، فالحكم في الحالين واحد. غير أن الاستحقاق يستوي فيه أن يظهر حال حياة الموصي أو بعد وفاته، قبل تمام الوصية أو بعدها، قبل التنفيذ أو بعده، لما بينا سابقا.

وبناء على ما تقدم إذا أوصى إنسان بجزء شائع من عدة أنواع يقبل كل منها القسمة جبرا كما إذا أوصى بثلث نقوده وغنمه وأبقاره فهلك بعض ذلك فإن الحكم في ذلك أن الهالك إذا كان جنسا بأكمله لم يكن في المسألة خلاف ولم يكن للموصى له إلا سهمه في النوعين الباقين اتفاقا لبطلان الوصية فيما أوصى به من النوع الهالك - وإن هلك جزء من كل نوع أو من بعض الأنواع



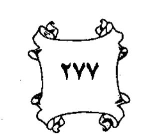
كانت المسألة محل خلاف فليس له عند زفر إلا سهمه في الباقي بعد الهلاك من النوع، أما في رأي الأئمة الثلاثة فإن الأجناس المختلفة المشتركة لا تقبل القسمة جبرا، فإذا هلك جنس منها هلك على الجميع وإذا هلك بعض جنس من الأجناس فالهلاك على الجميع أيضا إذا كان هذا الجنس لا يقبل القسمة جبرا. أما إذا كان يقبلها كما هنا فإن حق الموصى له يكون له الأولوية على حق الورثة فيه فيكون له ما أوصى به له ما دام في الباقي منه وفاء. - وهذا هو رأي الحنفية في هذه الحال.

رابعا: إذا أوصى شخص بجزء شائع من عين معينة كثلث هذه الصبرة وكصاعين منها أو أكثر مثلا فيهلك بعضها قبل تمام الوصية، سواء أكان ذلك حال حياة الموصي أم بعد وفاته، أو يستحق مطلقا، فما دام في الباقي من هذه العين بعد الهلاك أو الاستحقاق وفاء بجميع ما أوصى به فإن الموصى له يعطى كل ما أوصى به له متى خرج من ثلث التركة أو أجاز الورثة. وإن كان أقل مما أوصى به أخذه كله وبطلت وصيته في الفرق لزوال محلها بالهلاك أو الاستحقاق. وهذا عند أئمتنا الثلاثة أبي حنيفة وصاحبيه لأن العين المعينة مما يقبل القسمة جبرا لما قدمنا، اللهم إلا إذا لم يكن لأجزائها بعد قسمتها ما كان لها من منفعة قبلها فإنها في هذه الحال لا تقبل القسمة جبرا كالدار الصغيرة وآلة الطحن أو آلة ري الأرض وإذن يكون الهلاك أو الاستحقاق في هذه الحال على حساب جميع الشركاء كل بحسب سهمه.

ويرى زفر في هذه الحال أن الهلاك يكون في جميع الأحوال على حساب الشركاء وليس الموصى له إلا سهمه في الباقي على ما قدمنا.

أما في حال الاستحقاق فيكون له في الباقي من العين ما أوصى له به منها إن وفى، وإلا كان له جميع الباقي. وقد شرحنا فيما مضى وجهة هذين الرأيين.

ذلك هو رأي الحنفية فيما إذا أوصى شخص بجزء شائع في عين معينة أو نوع من أنواع المال فيهلك بعض ذلك أو يستحق. وقد ذهب المالكية إلى ما



ذهب إليه زفر، غير أنهم لا يفرقون في الحكم بين حال الهلاك وحال الاستحقاق كما فرق بل يجعلون للموصى له من الباقي في الحالين حصته التي أوصى له بها منسوبة إلى ذلك الباقي لا إلى جميع العين أو النوع.

أما الشافعية فلهم في ذلك رأيان: أحدهما يتفق مع رأي المالكية الذي أشرنا إليه آنفا..

وثانيهما أن الموصى له إنما يكون له في حال الهلاك أو في حال الاستحقاق حصته الموصى له بها منسوبة إلى جميع العين أو النوع - يأخذها من الباقي عندما تخرج من ثلث التركة أو تجيز الورثة الوصية. كما هو مذهب الحنفية في العين أو في النوع الذي لا يقبل القسمة جبرا إذا أوصى بجصة شائعة منهما فيهلك بعض ذلك أو يستحق - غير أنهم لا يفرقون بين عين ونوع، ولا بين نوع يقبل القسمة جبرا ونوع لا يقبلها. وصحح بعضهم الرأي الأول، واختار بعضهم الرأي الثاني وقال إنه الصحيح(١).

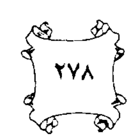
أما الحنابلة فيرون أن الموصي إذا أوصى بجزء شائع في نوع متعدد الأفراد أو الآحاد كالأفراس والغنم والبقر فهلك بعضه أو استحق قبل الموت أو بعده بطلت الوصية في الهالك ولم يكن للموصى له إلا حصته في الباقي منسوبة إليه. فإذا كان قد أوصى له بثلث ذلك أو ربعه كان له ثلث الباقي أو ربعه على حسب ما أوصى له به، مع مراعاة خروجه من ثلث التركة. وهذا يتفق مع مذهب الحنفية إذا ما كانت أفراد النوع أو آحاده بينها تفاوت فاحش يمنع قبوله للقسمة جبرا كالدور والكتب.

أما إذا لم تكن كذلك كالغنم والأفراس فالحكم عند الحنفية يخالف هذا وهو ما قدمناه من أن الموصى له يكون له جميع ما أوصى له به من الباقي.

وقد جاء في منتهى الإرادات من كتب الحنابلة: ومن أوصى له بثلث ثلاثة أفراس فاستحق اثنان منها أو ماتا فللموصي له ثلث الفرس الباقي

---

(١) راجع أسنى المطالب على روض الطالب جـ٣ ص ٦٢.

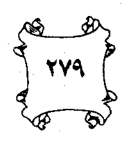


لاقتضاء الوصية أن يكون له من كل فرس ثلثه وقد بطلت الوصية فيما ماتا أو استحقـا فبقي له ثلث الفرس الباقي ا هـ ومثله في كشـاف القناع - ومقتضى هذا التـعليل أن هذا هو حكم كل موصي بـه يحتوي عـلى أفراد كـالأفراس والغنم والبقر والدور والثياب والجواهر، إذ إن الوصـية بثلث ذلك مثلا وصية بثلث كل فرد من الأفراد، فـإن هلك فرد منها أو استحق بطلت الوصـية فيه لزوال محلها، سواء أكان ذلك قبل الموت أم بعده.

وإذا كانت الوصـية بجـزء شائع في عين واحـدة أو في نوع لا آحاد له كالزيت والدقيق والبر والنقود فهلك بعضـه أو استحق فللموصي له جميع ما أوصى له به يأخذه من الباقي إن وفَّى وإلا أخذ الباقي جـميعه متى خرج من ثلث التركة. سواء أكان ذلك قبل الموت أم بعده. وهذا يتفق مع ما ذهب إليه الحنفية لأنه نوع يقبل القسمة جبرا في هذه الحال.

وقد جاء في منتهى الإرادات وكـشاف القناع: من أوصى له بثلث فرس أو بثلث دار ونحوها فاستحق ثلثـاها فله الثلث الباقي من الفرس ونحوه لأنه موصي به وقد خـرج من ثلث التركة فاستـحقه الموصى له كما لو كان شـيئا معينا. وكذلك لو أوصى له بثلـث صبرة من بر ونحوه أو بثلث دن من زيت وشيرج ونحوه فتلف ثلثاه أو استحقا كان للموصى له الثلث الباقي ا هـ.

لأنه إذا كان ذلك الهـلاك قبل الموت فقـد حل الموت والموصي لا يملك إلا ثلث الفرس أو الدار أو الصـبرة أو الدن فتـصرف الوصيـة إليه تصحيـحا لكلامه لأن ما يهلك في هذه الحـال يهلك على المالك، وهو الموصي فلا يؤثر في وصيتـه ما دام لم يمس محلها لإصرار الموصي عليهـا. وكان للموصى له جمـيع ما أوصى له به يأخذه من البـاقي. وكذلك الحال إذا حـدث ذلك بعد الموت قبل القـبول إذ إن الموصى له لا يملك عند الحنابلة إلا من وقت القـبول فـيهلك مـا يهلك على التـركة لأن المال لا يزال في ضـمانهـا ولا يدخل في ضمـان الموصي له إلا من وقت القبـول متى كان مـتمكنا من تسلمـه على ما سنبين فيما يأتي. وكذلك الحكم إذا كان الهـلاك بعد القبول وقبل التمكن من القبض.



هذه آراء فقهاء المذاهب الأربعة فلنبين ما أخذ به القانون من ذلك.

جاء في المادة ٤٧: أن الوصية إذا كانت بعين من التركة أو بنوع من أنواعها فهلك الموصى به أو استحق فلا شيء للموصى له. وإن هلك بعضه أو استحق أخذ الموصى له ما بقي منه إن كان يخرج من الثلث، وإلا كان له فيه بقدر الثلث.

وبناء على ذلك إذا أوصى إنسان بهذه الدار لفلان فاستحقت أو أوصى له بهذا الثوب فاحترق أو أوصى له بكتبه فاستحقت أو احترقت بطلت الوصية لزوال محلها بالهلاك أو بالاستحقاق ولا شيء للموصى له.

وكذلك إذا هلك بعض ذلك أو استحق بطلت الوصية فيما هلك أو استحق، وبقيت فيما بقي من ذلك. وعلى ذلك يكون جميع الباقي للموصى له لبقاء الوصية به، وذلك إذا خرج من ثلث التركة أو أجاز الورثة الوصية عند عدم ذلك.

ولا فرق في الهلاك بين أن يكون قبل الوفاة أو بعدها قبل تمام الوصية. أما بعد تمامها فقد أصاب الهلاك مالا في ملك الموصى له.

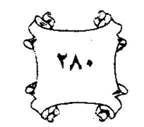
وكذلك لا فرق في الاستحقاق بين أن يكون قبل الوفاة أو بعدها قبل تمام الوصية أو بعد تمامها لما بينا سابقاً.

ويلاحظ أن الحكم في حال الهلاك قد أفادته المادة ١٥ ففي النص عليه في هذه المادة مرة أخرى تكرار لم تكن إليه حاجة.

وما تضمنته هذه المادة من الأحكام لم يخالف فيه أحد من الفقهاء.

وجاء في المادة ٤٨: أن الوصية إذا كانت بحصة شائعة في معين فهلك أو استحق فلا شيء للموصى له.

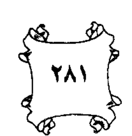
وإذا هلك البعض أو استحق أخذ الموصى له جميع وصيته من الباقي إن وسعها وكانت تخرج من ثلث المال وإلا أخذ الباقي جميعه إن كان يخرج من الثلث أو أخذ منه بقدر ما يخرج من الثلث.



وهذا ما أخذ به القانون من الأحكام عند الإيصاء بحصة شائعة في معين فيصيبه هلاك أو استحقاق.

والمراد بالمعين كما هو ظاهر ما عينه الموصي في عبارته بأية وسيلة من وسائل التعيين التي أشرنا إليها فيما سبق: كتعيينه بالإشارة. أو بالوصف الشخصي المحدد له، أو بذكر اسمه الخاص به. سواء أكان عينا كأن يوصي بهذه الدار أو بالبقرة التي اشتراها من فلان يوم كذا، أو بفرسه الشقراء، أو نوعا من أنواع المال كأن يوصي بهذه الكتب أو بهذه الغنم أو بنقوده المودعة الآن في بنك مصر مثلا. ذلك ما يدل عليه لفظ المعين في المادة ظاهرا، أما ما يصير من الأنواع أو من الأعيان معينا بعرف أو لانفراده وجودا فالظاهر أنه غير مراد للمشرع، وإلا لم يبق محل لتطبيق المادة ٤٩ لأن كل نوع لم يعينه الموصي في عبارته إن كان موجودا عند الإيصاء تعين للوصية وتقيدت به للعرف، وإن لم يكن موجودا عند الإيصاء ووجد عند الموت تعيين كذلك للوصية وتقيدت به لعدم وجود غيره، فلا يبقى نوع غير معين على هذا - ولذا كان المراد من المعين كما هو ظاهر اللفظ المعين في عبارة الموصي بما ذكرنا.

وبناء على ما ذكر فالوصية بحصة شائعة قد تكون في عين معينة، كأن يوصي إنسان بنصف هذه الدار أو بثلث هذا الثوب، أو في نوع معين كأن يوصي بنصف هذه الغنم أو بنصف هذا الزيت أو البر. وقد اختار القانون أن يكون الحكم في الحالين واحدا إذا ما هلكت العين جميعها أو استحقت أو هلك النوع جميعه أو استحق أو هلك بعضهما أو استحق. وهو بطلان الوصية وعدم استحقاق الموصى له شيئا عند هلاك الكل أو استحقاقه - وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء - وعدم بطلانها في شيء إذا ما هلك بعض ذلك أو استحق وكان الباقي بعد الهلاك أو الاستحقاق مساويا لما أوصى به أو أكثر. فيأخذ الموصى له ما أوصى به له جميعه من الباقي. وذلك بأخذه كله عن التساوي أو عند نقص الباقي أو بأخذ بعضه إذا كان أكثر من الموصى به.



وهذا الحكم عند الإيصاء بحصة شائعة في عين معينة هو ما ذهب إليه أبو حنيفة وصاحباه وما ذهب إليه أحمد، على ما بينا فيما سبق. وما ذهب إليه الشافعية في أحد القولين وما ذهب إليه زفر عند الاستحقاق. وخالف في ذلك مالك وزفر عند الهلاك إذ جعلوا للموصى له حصته منسوبة إلى الباقي كل ذكرنا.

وعند الإيصاء بحصة شائعة في نوع معين هو ما ذهب إليه أبو حنيفة وصاحباه إذا كان هذا النوع مما يقبل القسمة جبرا كالكتب المختلفة والدور المختلفة والجواهر فإن الحكم عندهم أن الوصية تبطل فيما هلك بالنسبة لما أوصى به منه وتبقى في الباقي فلا يكون للموصى له إلا سهمه الذي عينه الموصي منسوبا إلى باقي النوع لا إلى جميعه. فإذا كانت الوصية بثلث هذه الكتب المختلفة فاحترق بعضها أو استحق كان للموصى له ثلث الباقي منها فقط لا ثلث الكل، يأخذه الموصى له من الباقي. كما جاء في المادة. وهذا الذي ذهب إليه القانون في النوع الذي لا يقبل القسمة جبرا إنما يوافق أحد القولين عند الشافعية ولم يقل به أحد غيرهم حتى الحنابلة؛ لأن هذا النوع لا بد أن يكون له آحاد مختلفة وبسبب ذلك لم يقبل القسمة جبرا فتبطل الوصية فيما يملك منه عند أحمد أيضا.

وليس لهذا الرأي فيما أرى وجه وجيه لأن الوصية في هذا النوع المتعدد الآحاد المختلفة تعد وصايا متعددة بعدد الآحاد، فإذا هلك بعضها أو استحق بطلت فيما هلك أو استحق من ذلك. أما زفر فقد نقل عنه في استحقاق بعض النوع أنه لا يبطل شيئا من الوصية لما قدمنا. وعلى ذلك يكون مذهبه في هذا النوع إذا استحق شيء منه أن الموصى له يأخذ جميع ما أوصى له به مما يبقى بعد الاستحقاق، كما ذهب القانون. فإذا أوصى بثلث دوره المختلفة فاستحق ثلثاها كان للموصى له الثلث الباقي لانصراف الوصية إليه، أما إذا استحق دار أو داران منها فلا شك أن الموصى له يكون له ثلث الباقي من الدور لبطلان الوصية فيما استحق.



وعبارة المادة لا تفرق بين هاتين الحالتين استحقاق بعض شائع واستحقاق بعض معين في حين أن المنطق والقواعد تقضي بأن الوصية تبطل فيما استحق على سبيل التعيين لأنها وصية فيما لا يملك الموصي والوصية فيما لا يملك باطلة. وكأن الموصي لم يوص إلا فيما بقي بعد الاستحقاق من الآحاد، هذا ما يظهر لي.

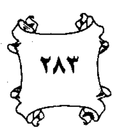
ومن هذا يرى أن المشرع أخذ بقول الأئمة الثلاثة أبي حنيفة وصاحبيه في الوصية بحصة من نوع يقبل القسمة جبرا وأخذ بأحد قولي الشافعية في الوصية بحصة من نوع لا يقبل القسمة جبرا.

كذلك يلاحظ أن عبارة المادة مطلقة لا تفرق في الحكم بين استحقاق البعض وهلاكه على وجه الشيوع وبين استحقاقه على وجه التعيين. والمفهوم أنه عند استحقاق فرد أو أفراد على وجه التعيين أن تبطل الوصية فيه باتفاق. لأن الوصية قد تناولته بعبارتها، والوصية فيما لا يملك الموصي وصية باطلة ابتداء. وإذن يجب أن تكون فيما يظهر أنه ليس بمستحق من الآحاد، وعند ذلك يجب ألا يكون للموصى له في هذه الحال إلا حصته في الباقي منسوبة إليه باتفاق؛ ذلك ما أرى أنه متفق مع القواعد وإن لم أره في كتاب.

دلت المادة ٤٩ على أن الوصية إذا كانت بحصة شائعة في نوع من أنواع المال المملوك للموصي فهلك أو استحق جميعه فليس له شيء لبطلان الوصية حينئذ بزوال محلها.

وإن هلك أو استحق بعضه فليس له إلا حصته منسوبة إلى الباقي إن خرجت من ثلث المال أو أجازت الورثة الوصية، وإلا أخذ منه بقدر الثلث فقط.

هذا ما دلت عليه الفقرة الأولى من المادة ٤٩ من الأحكام عند الوصية بحصة شائعة في نوع من أموال الموصي، والمراد به ما كان غير معين في عبارته، بدليل المادة قبلها. وإلا لو أريد به ما هو أعم من ذلك، أي سواء



أكان معينا في عبارته أم غير معين لتعارضت المادتان في نوع عينه الموصي، إذ تقضي المادة ٤٨ بحكم هو أن يكون للموصى له جميع ما أوصى له به منسوبا إلى النوع كله، وتقضي هذه المادة بأن يكون له حصته منسوبة إلى الباقي فقط. ولا يتصور أن يكون ذلك مرادا من المشرع. وعلى ذلك يعمل بالمادة ٤٨ إذا كان النوع معينا في عبارة الموصي لأن الوصية حينئذ وصية في معين.

ويعمل بالمادة ٤٩ إذا لم يكن النوع معينا في عبارة الموصي، كأن يوصي إنسان بثلث كتبه أو بثلث دوره.

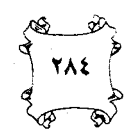
وفي هذه الحال قد يكون هذا النوع موجودا عند الإيصاء وقد لا يكون موجودا عند الإيصاء ولكنه وجد عند الموت.

فإذا كان موجودا عند الإيصاء تعلقت به الوصية على وجه التعيين، فإذا زاد لم تدخل الزيادة في الوصية، وإذا هلك بعضه أو استحق سواء أكان ذلك قبل الوفاة أم بعدها قبل تمام الوصية كان للموصى له ثلث الباقي بعد الهلاك أو بعد الاستحقاق.

وكذلك الحكم إذا لم يكن النوع موجودا عند الإيصاء ولكنه وجد عند الوفاة، فإن الوصية تتعلق به، فإذا هلك بعضه أو استحق بعد الوفاة قبل تمام الوصية كان للموصى له ثلث الباقي فقط.

ولم تفرق المادة بين نوع يقبل القسمة جبرا ونوع لا يقبل القسمة جبرا.

وما ذهبت إليه المادة فيما لا يقبل القسمة جبراً هو مذهب أئمتنا الثلاثة، ومذهب أحمد ومالك وأحد قولي الشافعي وهو مذهب زفر عند الهلاك. أما عند الاستحقاق فمذهبه أن الموصى له يكون له حصته منسوبة إلى الجميع لا إلى الباقي، مع ملاحظة ما أشرنا إليه من أن الاستحقاق يكون على وجه الشيوع.



أما ما ذهب إليه القانون في نوع لا يقبل القسمة جبرا فهو أحد قولي الشافعي ومذهب مالك وزفر عند الهلاك وأحمد إذا كان للنوع آحاد. أما إذا لم يكن له آحاد فإن الموصى له يستحق جميع ما أوصى له به من الباقي كما قدمنا.

خامسا - الوصية بفرد أو أفراد عدة. ولذلك صور ثلاث هذا بيانها:

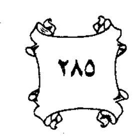
الأولى: أن يوصي بشاة أو بأكثر دون أن يضيفها إلى شيء كأن يوصي إنسان لفلان بشاة أو بشاتين أو بأكثر، فقط.

الثانية: أن يوصي بشاة أو بأكثر مع الإضافة إلى المال أو التركة كأن يوصي إلى صديقه بشاة أو بشاتين أو بأكثر، من ماله أو تركته.

الثالثة: أن يوصي بشاة أو بأكثر مع الإضافة إلى النوع كأن يوصي إلى صديقه بشاة أو بشاتين أو بأكثر، من غنمه.

الصورة الأولى:

إذ أوصى شخص بشاة أو بشاتين أو بأكثر دون أن يضيف ذلك إلى نوعه من الغنم أو إلى ماله فيقول: أوصيت لفلان بشاة، ولم يكن له غنم عند الإيصاء. قيل لا تصح وصيته، لأن ما يصححها في هذه الحال هو إضافتها إلى المال، إذ تدل إضافتها إليه على أن المراد ماليتها وأنها ذكرت معيارا وذلك منعدم، وقيل تصح لأن إقدام الموصي على الإيصاء بها في هذه الحال وعلى هذا الوضع يدل ظاهرا على أنه قد أراد الإيصاء بماليتها، وإنما اتخذها معيارا يراعى فيه الوسط، وإلى هذا الرأي ذهب الشافعية والحنفية والحنابلة والشيعة الجعفرية والزيدية، وعلى هذا إذا لم يكن له غنم عند الموت أعطى الموصى له قيمة ما أوصى له به أو اشترى له من التركة. وإذا كان له غنم عند الموت تخير الورثة بين إعطائه مما وجد للموصي عند موته وبين الشراء من التركة.



وذهب المالكية إلى أنه يعطى قيمة ما أوصى له به ولا يشترى له، وأجاز ابن الحاجب مع ذلك أن يشترى له.

هذا إذا لم يكن له غنم أما إذا كان له غنم فظاهر تقييدهم هذا الحكم بما إذا لم يكن له غنم أنه يعطى من الغنم الموجودة، ويتخير الورثة في التعيين.

ولم يتعرض القانون لبيان حكم هذه الحال وعلى ذلك يجب العمل بمذهب الحنفية. ومن هذا يرى أن هذه الحال لا يتصور فيها هلاك الموصى به أو استحقاقه[1].

الصورة الثانية:

إذا أوصى شخص بذلك وأضافه إلى ماله أو إلى تركته فقال: أوصيت لفلان بشاة من مالي أو من تركتي فالحكم في هذه الحال كالحكم في الحال السابقة عند المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية ويرى الحنفية صحة الوصية قولا واحدا. وإذن يكون الحكم فيها عندهم كالحكم في الحال السابقة.

ولم يتعرض القانون لحكم هذه الحال أيضا. ولا يتصور فيها كذلك هلاك الموصى به كما هو الحال في الصورة السابقة.

الصورة الثالثة:

إذا أوصى شخص بشاة من غنمه أو بشاتين أو أكثر من غنمه ولم يكن عند الوصية غنم فالوصية باطلة عند المالكية والشيعة الجعفرية والحنابلة.

وتصح عند الشافعية إذا كان له غنم عند الموت وإلا بطلت. وعندئذ يعطى مما وجد للموصي عند الموت ويتخير الوارث في التعيين.

وعند الحنفية تصح على الصحيح إذا كان له غنم عند الموت وإلا بطلت. وعندئذ يعطى منها كما ذهب إلى ذلك الشافعية.

---

(١) راجع الهندية جـ٦ ص ١٠٦ والزيلعي جـ٦ ص ١٩١ وتحرير الأحكام جـ١ ص ٢٩٦ ونهاية المحتاج جـ٦ ص ٦٩، ٧٠ والمغني جـ٦ ص ٥٨١، ٥٨٢ والشرح الكبير والدسوقي جـ٤ ص ٤٤٠.

وفي المغني للحنابلة أن الوصية في هذه الحال تحتمل الصحة مثلها ما لو أوصى بألف وليس عنده ألف ثم ملك ذلك. وعلى هذا يشترى للموصى له ما أوصى له به. وإذا كان له عند الوصية غنم تقيدت الوصية بها عند الحنفية والشافعية والشيعة الجعفرية. فيعطى الموصى له منها ما أوصى له به ويتخير الورثة في التعيين فإذا نفقت الغنم قبل الموت بطلت الوصية لهلاك الموصى به(١) وكذلك الحكم عند الحنابلة غير أنهم يرون أن الموصى له يستحق ما أوصى له به بالقرعة.

---

(١) جاء في شرح الزيادات لقاضيخان نقلا عن القدوري في مختصره: رجل أوصى لرجل بشاة فمن غنمه فماتت غنمه أو باعها ثم مات الموصي يعطى للموصى له شاة من الموجود حالة الموت وكذا لو ولدت غنمه فللورثة أن يعطوا إن شاءوا من الأمهات وإن شاءوا من الأولاد لأن الوصية إيجاب بعد الموت فتتناول الموجود عند الموت، فإن أراد الورثة أن يعطوه شاة ولها ولد ولدته بعد موت الموصي فإن ولدها يتبعها وكذا الصوف واللبن لأن الوصية لزمت عند الموت وإنما التعيين إلى الورثة، فإذا عين الوارث شاة كان تعيينه كتعيين الميت ويصير كأن الوصية وقعت بها من الابتداء فكانت الزيادة الحادثة بعد الموت للموصى له وما حدث من الزيادة قبل الموت كالصوف المنفصل للورثة لأن الوصية إيجاب عند الموت فالزيادة قبل الموت زيادة قبل الوصية. وما استهلكه الوارث من زيادة حصلت بعد موت الموصي كان عليه ضمانها لأن الزيادة تستحق باستحقاق الأصل فتضمن بالإتلاف. ولو قال: أوصيت بشاة من غنمي هذه فماتت غنمه بطلت الوصية ولو لم تمت ولكنها ولدت ولدا لم يكن للوارث أن يعين الوصية من الأولاد لأن الوصية أضيفت إلى غنم بعينها فتعلقت بتلك الغنم، ولو هلكت الأغنام إلا واحدة تعينت تلك الواحدة لخروج غيرها من أن يكون محلا للتعيين لأن للتعيين حكم الإنشاء فيما يرجع إلى المحل، ولو هلكت الأغنام كلها وتركت أولادا حدثت بعد موت الموصي كان على الوارث أن يدفع ولد شاة لأن الوصية لزمت عند الموت بسبب الاستحقاق في الولد الحادث بعد الموت لما ذكرنا.

ويلاحظ على هذا أن القدوري لم يجعل الوصية متعلقة بما يوجد من الغنم عند الوصية فيما إذا أوصى رجل بشاة من غنمه حتى تبطل بهلاكها جميعا وحتى لا يجوز تنفيذ الوصية فيما يحدث من ذلك بعد الوصية ولا في أولاد ذلك، وهذا ما يخالف ما ذكرناه وهو يخالف ما جاء في الأصل لمحمد ولذا أعقب قاضيخان ذلك بقوله في الشرح المذكور:

وذكر في وصايا الأصل: إذا أوصى إنسان بثلث غنمه أو بشاة من غنمه تتعلق الوصية بالموجود وقت الإيصاء حتى لو هلكت تلك الغنم أو لم يكن له غنم وقت الإيصاء لا=



أما المالكية فقد ذهبوا إلى أن الموصي إذا أوصى بفرد أو أكثر من نوع من أنواع المال من غير تعيين ذات الموصى به كما إذا أوصى بعشرة من أفراسه ثم هلك بعض الأفراس قبل وفاة الموصي أو بعدها قبل يوم التنفيذ وهو يوم القسمة، فإن بقي من أفراسه ما يزيد على عشرة إلى وقت القسمة كان للموصى له عشرة أجزاء عددها كعدد ما بقى من النوع يقسم إليها ذلك الباقي. فإذا كان الباقي عشرين فرسا كان له عشرة أجزاء من عشرين جزءا يقسم إليها الباقي أي له نصفه. وإذا كان الباقي من الأفراس إحدى عشرة كان له عشرة أجزاء من أحد عشر جزءا تقسم إليها الأفراس الباقية. وهكذا.

وكذلك إذا زادت الأفراس بأن كانت يوم الوصية ثلاثين فزادت بالشراء مثلا إلى خمسين وكانت كذلك وقت التنفيذ فإنه يكون للموصى له عشرة أجزاء من خمسين جزءا يقسم إليها الموجود عند التنفيذ.

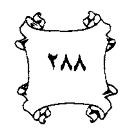
وإذا ولدت الأفراس قبل يوم التنفيذ بأن كانت ثلاثين فولدت عشرين مثلا فقد اختلف قول أشهب فمرة قال للموصى له من الأولاد مثل ما له من الأمهات فيكون له في هذا المثال ثلث الأمهات أي عشرة ومثل هذا العدد من الأولاد. ومرة قال له عشرة أجزاء من خمسين جزءا يقسم إليها المجموع.

أما إذا كان الباقي إلى وقت التنفيذ مثل ما أوصى به من عدد وأقل فإن الموصى له يأخذ الباقي جميعه وكل هذا مع مراعاة خروج الوصية من الثلث.

وإذن تكون العبرة بيوم التنفيذ لا بيوم الوصية ولا بيوم وفاة الموصي، فيراعى فيه عدد الوحدات الموصى بها مع عدد الأفراد الباقية من النوع،

= شيء للموصى له لأنه أوصى بمال معين فلا يعطى له من مال آخر ليس يدل على عن الأول فرواية القدوري تخالف رواية الأصل فلا تصح. ولو صحت فوجهها ما قلنا... إلخ.

ويلاحظ أن قوله ولم يكن له غنم وقت الإيصاء إنما هو على الرواية التي تقضي ببطلان الوصية إذا ما أوصى بثلث غنمه أو بشاة منها وليس له عند الإيصاء شيء من ذلك، وقد ذكرنا أن الأصح هو صحة الوصية كما جاء في الهندية نقلا عن التبيين.



وذهب ابن الماجشون إلى أن الوصية بالعدد كالوصية بالسهام فعنده لا فرق بين أن يوصي بفرس من أفراسه وهي عشرة وبين أن يوصي بعشر أفراسه في هذه الحال فإذا بقيت جميعها كان له عشرها في الحالين. وإذا لم يبق إلا ثلاثة منها كان له عشر الثلاثة. وإذا بقيت واحدة كان له عشرها فقط. وإذا زادت إلى خمسين يوم التنفيذ كان له أيضا عشرها، وإذن فالعبرة عنده بيوم الوصية من ناحية بيان مقدار ما أوصى به من سهام. وبيوم التنفيذ من ناحية ما يعطى للموصى له من النوع بمراعاة هذه السهام. فإذا أوصى بثلاثة أفراس وله عند الوصية ست اعتبر أن الموصي قد أوصى بنصف أفراسه، فيأخذ نصف ما يوجد عند التنفيذ - وذلك مع مراعاة القيمة على جميع الآراء. - وبناء على ذلك إذا لم يوجد عند التنفيذ شيء من هذا النوع بطلت لزوال محلها.

وقد تعرض القانون لحكم هذه الحال في الفقرة الأخيرة من المادة ٤٩ .

فذكر فيها أن الوصية بعدد شائع في نوع من أنواع المال في الحكم كالوصية بحصة شائعة فيه، ومن هذا يرى أنه قد أخذ برأي ابن الماجشون في هذه الحال - ولا يخفى عليك أن حكم الاستحقاق في هذه الحال كحكم الهلاك فيها.

تغير الموصى به:

إذا تغير الموصى به قبل موت الموصي فزال بسبب ذلك اسمه وكان له اسم آخر بطلت الوصية به؛ لأن زوال الاسم دليل على زوال المعنى أيضا. وذلك ما يجعل الموصى به في هذه الحال في حكم الهالك الذي وجد مكانه شيء آخر. فلا يتناوله اسم الموصى به. ذلك لأن حكم الوصية يثبت عند الموت بالإيجاب السابق، وقد وقع ذلك الإيجاب في مسمى باسم خاص لا يوجد عند الموت، فلا يتناول غيره عندئذ.

أما إذا حدث ذلك التغير بعد موت الموصي فلا تبطل به الوصية. ذلك لأن سبب الملك قد تم فالتغير بعد تمامه لا يبطله. كالتغير في المبيع بشرط الخيار. ذلك لأن الملك يثبت فيه من وقت العقد الذي هو السبب. فكان



التغير بسبب ذلك حادثا بعد تمام العقد حكما. أما في الوصية فالملك لا يثبت فيها مستندا إلى وقت العقد وإنما يثبت عند الموت، فإذا تغير بعد الموت فقد حدث التغير بعد تمام السبب فلا يبطل بعد تمامه. بخلاف ما إذا حدث قبل الموت فإنه يكون قد حدث قبل تمامه وإحداثه لأثره. فيبطل لذلك. وبناء على ما ذكر إذا أوصى شخص بعنب فصار قبل الوفاة زبيبا. بطلت الوصية لتغير الاسم بسبب ذلك التغير. وإذا صار بعد الموت زبيبا لم تبطل الوصية. وكذلك إذا أوصى ببسر فصار رطبا قبل الموت بطلت الوصية لما ذكرناه أو أوصى ببيض فصار دجاجا قبل الموت. ولو أوصى بحمل شاة فصار كبشا قبل الموت لم تبطل الوصية لأن الحيوان لا يصير شيئا آخر بمضي الزمن. إذ إن المعنى فيه لا يتغير وكذلك الاسم إذ يقال هذا الكبش حمل هذه النعجة. ولو أوصى ببسر فصار بعضه رطبا قبل موت الموصي وبقي بعضه على حاله بسرا كان لكل معطى حكمه على ما بينا فتبطل الوصية فيما تغير، وتبقى فيما لم يتغير، إلا أن يكون ذلك التغير في قليل منه لا يعد في العرف تغيرا فيه فلا تبطل الوصية حينئذ استحسانا. لأن هذا القدر مما لا يمكن الاحتراز عنه فلا يعتبر. كما لو حلف لا يشتري رطبا فاشترى كناسة فيها رطبة أو رطبتان لم يحنث بذلك وكذا لو حلف لا يشتري شعيرا فاشترى هرادة حنطة فيها حبات شعير قليلة لا تعد عيبا لم يحنث.

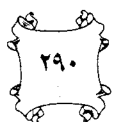
ذلك ما ذكره قاضيخان في شرحه على الزيادات وأشار إليه الزيلعي في شرحه تبيين الحقائق(١). وإذا عد ذلك التغير في حكم الهلاك كان المعقول أن الوصية تبطل به اتفاقا فلا يختص بذلك الحنفية غير أني لم أعثر على ذلك لغير الحنفية.

حادي عشر: انقضاء وقت الوصية إذا ما كانت مؤقتة:

قد تكون الوصية بعين من الأعيان وفي هذه الحال لا تقبل التوقيت لأن ملك الأعيان لا يتوقف إذ لم يشرع إلا مؤبدا. وعلى ذلك فاشتراط توقيتها

---

(١) راجع شرح الزيلعي جـ٦ ص ١٨٧.



في هذه الحال اشتراط فاسد. الوصية معه صحيحة والشرط باطل لا يراعى بناء على م/ ٤ كما شرحنا ذلك فيما سبق.

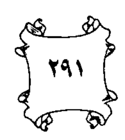
وقد تكون بمنفعة أو بمرتب وفي هذه الحال تقبل التوقيت فإذا وقتها الموصي بمدة وكانت هذه المدة معينة البداية والنهاية فانقضت قبل وفاة الموصي فإن الوصية تبطل في هذه الحال بانقضائها. كما إذا أوصى لخالد بسكنى داره سنة ١٩٦٥ فانقضت هذه السنة حال حياة الموصي. ذلك لأن الوصية إنما تفيد الملك بعد وفاة الموصي وليس يتصور أن يثبت للموصى له ملك في منفعة وجدت وانقضت وهى في ملك الموصي وصارت حال وفاته معدومة.

ومثل هذا في الحكم ما إذا توفي الموصى له قبل بدايتها وقد تقدم هذا فيما لوفاة الموصى له من أثر.

وإذا ابتدأت مدة الوصية في حياة الموصي ومات في أثنائها كان للموصى له المنفعة في باقيها وتنتهى الوصية بانتهائها وكذلك تبطل الوصية إذا كانت الوصية لمعدوم يظن وجوده وانتهت مدتها قبل وجوده فعلا إذ لا يتصور ثبوت ملكه إذا وجد، إذ الموصى به عند ذلك معدوم ولا ملك في معدوم. وقد أشير إلى بعض هذه الأحكام في المادة / ٥٩ من القانون كما سيأتي بيان ذلك.

هذه أسباب بطلان الوصية وهي أسباب تبطل بها الوصية الاختيارية كما قدمنا - أما الوصية الواجبة فلا يمنعها من هذه الأسباب إلا سببان: هما إحاطة الدين بالتركة وأن يقتل الموصى له مورثه الموصي أو الذي يعد موصيا. إذ عند إحاطة الدين لا توجد تركة حتى تجب فيها وصية وعند القتل يجب أن يحرم القاتل من أموال من قتله كما قدمنا.

أما بقية الأسباب فلا تأثير لها في الوصية الواجبة: فوجوبها في التركة سواء أوصى بها المورث أم لم يوص يمنع أن يكون ردها من الموصى له أو رجوع الموصي عنها أو عدم أهليته مبطلا لها أو مانعا من وجودها.



وهى كالوراثة فلا تجب إلا لمن تحقق وجوده عند وفاة المورث. وعلى ذلك لا يتصور فيها وفاة الموصى له حال حياة الموصي ولا عدمه عند موته. كما لا ينظر فيها إلى شريعة الموصى له.

ويستحقها الموصى له سهما شائعا في التركة، فلا يتصور فيها هلاك الموصى به حال حياة الموصي ولا تغيره ولا استحقاقه كما لا يتأتى فيها أن تكون مؤقتة على ما بينا فيما سبق.

حكم الوصية

لحكم العقد عند الفقهاء ثلاثة معان: فإنهم حين يستعملونه قد يريدون به حكمه بالنظر إلى طلب الشارع له أو نهيه عنه فيقولون: حكم هذا العقد أنه واجب أو سنة أو مكروه.

وقد يريدون به ماله من وصف يتعلق بوجوده واعتبار الشارع له أو عدم اعتباره له من ناحية أنه قد توافر فيه ما طلبه الشارع له من شروط أو لم يتوافر فيه ذلك. أو يتعلق بماله من قوة إلزام بالنسبة لعاقده، فيقولون حكم هذا العقد أنه صحيح أو فاسد أو لازم أو جائز غير لازم.

وقد يريدون به ما رتب عليه الشارع من آثار فيقولون: حكم هذا العقد أنه ينقل ملك العين أو ملك المنفعة أو يفيد حبس العين أو نحو ذلك.

١- **وعلى المعنى الأول:** يرى جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والشيعة الجعفرية والزيدية أن الوصية على الجملة سنة ندب إليها الشارع في القربات على العموم. ولكن إذا كان على الإنسان حق واجب مستحق لله تعالى أو للعباد كانت واجبة به إذا كانت هي الطريق إلى الوفاء به. لأن الوفاء به واجب. فما يؤدي إليه يكون كذلك واجبا.

غير أنه عند النظر في ذلك يرى أن وجوب الوصية في هذه الحال ليس لذاتها، وإنما لكونها طريقا إلى الخروج من عهدة ما وجب في الذمة من الحقوق الواجبة كأية وسيلة من الوسائل التي تؤدي إلى ذلك، كتنجيز أدائها أو الحوالة بها أو نحو ذلك. فإذا ما عجز الإنسان لأي سبب من الأسباب عن الوفاء بها حال حياته كان عليه أن يوصي بذلك خروجا عن العهدة، وبخاصة إذا لم يكن في هذه الحال على الحق الواجب بينه. وإذن فوجوبها في هذه الحال ليس من ناحية أنها وصية، بل من ناحية أنها طريق تعين للخروج من عهدة الواجب.

وقد تكون مكروهة إذا كانت لمن يعلم أنه مفسد في المال. وقد تكون محرمة إذا كانت للإضرار بالورثة. نقل عن ابن عبد البر أنه قال: أجمع



الفقهاء على أن الوصية غير واجبة إلا على من عليه حقوق بغير بينة أو عنده أمانة بغير إشهاد.

وبناء على ما ذكر تكون وصية الإنسان بجزء من ماله لذوى قرابته غير واجبة عند جمهور الفقهاء وهو قول الشعبي والنخعي والثوري وأكثر أصحاب رسول الله ﷺ.

وذهب فريق من الفقهاء والسلف إلى أن الوصية بجزء من المال واجبة على كل من يترك مالا. وقد اختلف أصحاب هذا الرأي فمنهم من ذهب إلى أنها إنما تجب لذوي قرابته غير الوارثين له. وممن ذهب إلى ذلك سعيد بن المسيب ومسلم ابن يسار والحسن البصري وقتادة وابن جرير الطبري وداود ومسروق وطاوس وإياس واسحق بن راهويه وعبد الملك بن أبي يعلى وغيرهم، وهو مذهب فريق من الإباضية وقول ابن حزم وهي رواية عند أحمد.

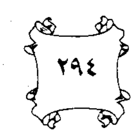
ومنهم من ذهب إلى وجوبها للمساكين وفي وجوه البر بالقليل في المال القليل وبالكثير في الكثير. وإلى هذا ذهب الزهري فقد روي عنه أنه قال: جعل الله الوصية حقا فيما قل أو كثر من المال. وهو مذهب عطاء. ومنهم من لم يقيد وذهب إلى وجوبها على الجملة. وحكى البيهقي عن الشافعي في مذهبه القديم أنها واجبة على كل من ترك خيراً[1].

احتج الجمهور بأن رسول الله ﷺ توفي دون أن يوصي. ففي البخاري وغيره عن عائشة رضي الله عنها أنها أنكرت أن يكون رسول الله ﷺ قد أوصى. وقالت متى أوصى وقد مات بين سحري ونحري؟[2] وقد ثبت عن

---

(١) راجع الزيلعي جـ٦ ص ١٨٢ والحطاب جـ٦ ص ٣٦٤ ونهاية المحتاج جـ٦ ص ٤٠ والمغني جـ٦ ص ٤١٤ والبحر الزخار جـ٥ ص ٣١٣ وتحرير الكلام جـ١ ص ٣٩١ والمنتزع جـ٤ ص ٤٧٢ وفيه أنها واجبة بكل حق لآدمي أو لله تعالى. وتكون حينئذ من المال جميعه. وذهب بعض الزيدية إلى أنها بحقوق الله تكون من الثلث عند الإيصاء بها. فإذا لم يوص بها سقطت - وهذا ما ذهب إليه الحنفية.

(٢) رواه البخاري قريبا من هذا اللفظ (٢٧٤١).



ابن أبي أوفى أنه قال: لم يوص رسول الله ﷺ[1]. وأخرج أبو يعلى[2] عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ مات ولم يوص.

وكذلك لم ينقل أن أصحاب رسول الله ﷺ قد أوصوا جميعا قبل وفاتهم. ولو حدث ذلك لنقل عنهم لتوافر أسباب نقله، لأنه مما تعم به البلوى.

وبأن الإيصاء ضرب من العطية وهي غير واجبة حال الحياة فلا تجب كذلك بعد الوفاة.

وبأن الوصية قد شرعت لنا لما رواه أبو الدرداء قال: قال رسول الله ﷺ: «إن الله قد تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم فضعوه حيث شئتم أو حيث أحببتم»[3]. فإن هذا الحديث يدل على أن الله سبحانه وتعالى قد تفضل علينا بهذه الصدقة لكي نتدارك ما يفوتنا من الخير أو من الصلات بما نعطيه منها. والمشروع لنا لا يكون فرضا علينا ولا واجبا. بل مندوبا. فهو كالنوافل من العبادات.

واحتج من ذهب إلى الوجوب: أولا بقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴿١٨٠﴾ فَمَن بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿١٨١﴾﴾ [البقرة].

وقد أضاف إلى ذلك من ذهب إلى أن وجوب الوصية للأقارب غير الوارثين دون الوارثين: أن الوجوب في الآية قد نسخ بالنسبة للأقارب الوارثين وبقي بالنسبة إلى غير الوارثين. والناسخ هو ما سيأتي من أن النبي ﷺ قال: «إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه. فلا وصية لوارث»[4].

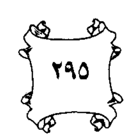
---

(١) رواه البخاري (٤/ ٣)، ومسلم (٥/ ٧٤).

(٢) أخرجه أبو يعلى (٢٥٦٠).

(٣) سبق تخريجه ص (٢٠٨).

(٤) سبق تخريجه ص (١٦٩).



ثانيا - بقوله ﷺ فيما رواه ابن عبد البر والطحاوي: لا يحل لامرئ مسلم له مال يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة[١]. وروى نافع عن ابن عمر: قال رسول الله ﷺ: «ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده»[٢]. وقال ابن عمر: ما مرت عليَّ ليلة منذ سمعت رسول الله ﷺ قال ذلك إلا وعندي وصيتي[٣].

وقد اختلف القائلون بالوجوب في المال الذي تجب فيه الوصية تبعا لاختلافهم في المراد من قوله تعالى في الآية السابقة: ﴿... إِن تَرَكَ خَيْرًا ...(١٨١)﴾ فذهب فريق إلى أن المراد من الخير المال مطلقا قل أو أكثر. وروي هذا عن الزهري ورجحه الطبري في تفسيره. فقال: إنه أولى الأقوال بالصواب في تأويل الآية، لأن قليل المال وكثيره يقع عليه اسم الخير. ولم يحده الله سبحانه وتعالى بحد، ولم يخصه بشيء.

وقال ابن العربي في كتابه أحكام القرآن: اختلف أصحاب رسول الله ﷺ في مقدار ما يطلق عليه اسم الخير من المال، وقد ذكر المفسرون فيه أقوالا من غير أن يأتوا عليها ببرهان. والصحيح أن الحكم لا يختلف بقلة المال وكثرته، بل يوصي الإنسان من القليل بالقليل. ومن الكثير بالكثير. وإلى ذلك مال ابن حزم، ومن ذهب من الإباضية إلى الوجوب، ويتفق مع الرواية عن أحمد. وذهب فريق آخر إلى أن المراد به المال الكثير. ويختلف مقداره باختلاف الأحوال، فيكون في كل حال موكولا إلى الاجتهاد. وذهب آخرون إلى تقديره بمقدار معين. فاختلفوا في التقدير، فذكروا عن علي أنه ما يزيد على أربعة آلاف درهم، وذكروا عن عائشة أنها لم تر في ثمانمائة درهم مع أربعة من الولد فضلا تجب فيه وصية، وعن النخعي أن الخير ما بلغ خمسمائة درهم وزاد. وعن قتادة: ما بلغ ألف درهم فزاد.

---

(١) سبق تخريجه ص (٧٩).

(٢) سبق تخريجه ص (٧٩).

(٣) رواه مسلم (٣/١٢٤٩)، والنسائي (٦٤٤٥).

وفي رأيي أن ليس هذه الأقوال سند غير الاجتهاد في مراعاة العرف القائم. وعلى هذا فلا يختلف هذا القول عن سابقه في حقيقة الأمر.

وقد رد الجمهور على استدلال هؤلاء فقالوا: إن الآية قد نسخت - ثم اختلفوا في ناسخها. فذهب بعضهم إلى أنها قد نسخت بآيات المواريث. بدليل قوله ﷺ فيما رواه عمر وابن خارجة إذ قال: خطب النبي ﷺ على ناقته وأنا تحت جرانها. وهي تقصع بجرتها. وأن لعابها يسيل بين كتفي. فسمعته يقول: «إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث»(١).

والمعنى أن الله سبحانه وتعالى بعد أن عهد إلى الناس بهذه الآية في قسمة أموالهم من بعدهم بين أرباب الحقوق فيها من الوالدين والأقربين بطريق الوصية نسخ ذلك بأن تولى هذه القسمة فأنزل آيات المواريث بيانا لها فعين بها حقوقهم وأعطاهم إياها بالميراث، فلا وصية لهم بعد ذلك.

وفي البخاري عن ابن عباس: كان المال للولد، وكانت الوصية للوالدين فنسخ الله من ذلك ما أحب فجعل لكل واحد من الأبوين السدس(٢).

وقيل بل الناسخ الحديث المتقدم وحده لأنه قد وصل إلى درجة المتواتر وتلقته الأمة بالقبول، ولم يخالف عنه أكثر الأئمة. من السلف، فقد ورد من طرق عديدة دالا على عدم صحة الوصية للوارث.

وقيل الناسخ مجموع آيات المواريث والحديث المذكور.

وقيل الناسخ لها هو الإجماع.

وذهب بعض الحنفية إلى أن الناسخ هو قوله تعالى: ﴿...مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ...﴿١١﴾﴾ [النساء] فإنه لا يراد بذلك الوصية السابقة الذكر. وإلا لأعادها معرفة فقال من بعد الوصية حتى يرجع الكلام إلى ما عهد من قبل. وإنما أراد بها الوصية مطلقا وإن كانت لغير وارث. وقدمها على الميراث دون أن يقصر ذلك على الوصية للأقربين. وهي الوصية السابقة. الذكر - ولو

---

(١) سبق تخريجه ص (١٦٩).

(٢) رواه البخاري (٢٧٤٧).



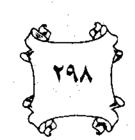
كانت الوصية السابقة الذكر واجبة لذكرها ونص على إخراجها قبل الميراث ولكنه لم يذكرها وأتى بما يدل على أن الموصي إذا أوصى ولو لغير وارث أخرجت قبل الميراث من التركة. وذلك ما ينفي وجوب الوصية وأنها في كل تركة. هذا خلاصة ما ذكره الجصاص.

ذلك ما يتعلق بالآية. أما الحديث الذي استدلوا به فرواية ابن عمر له لا تدل على وجوب إذ المعنى فيها: ما ينبغي أو ما الحزم والاحتياط. ثم إن الحق هو الشيء الثابت وذلك يشمل المندوب والواجب. على أن الستة قد رووا هذا الحديث بزيادة تنفي دلالته على الوجوب. وهي: ما حق امرئ مسلم يبيت ليلتين وله شيء يريد أن يوصى فيه إلى آخره. فإن جملة: «وله شيء يريد أن يوصي فيه» تدل على ثبوت الخيرة للموصي في الوصية وذلك ما ينفي الوجوب عليه إذ لا خيرة مع الوجوب وإنما معه الإلزام.

وأما رواية ابن عبد البر له بلفظ: «لا يحل لامرئ مسلم» فرواية بالمعنى. والمراد منها نفي الحل المندوب إليه حملا لها على رواية الستة لسلامة سندها. وإذن يكون المراد هو كراهة عدم الإيصاء. وذلك صادق باستحباب الإيصاء.

وجملة القول أن ذهابهم إلى نسخ الآية بما ذكر غير سليم لأن الآية دلت على أن الوصية مكتوبة للوالدين والأقربين دون تقييدهم بأنهم وارثون أو غير وارثين. وما ذكروه ناسخا إنما ورد في الوارثين؛ ولهذا ذهب كثير من الفقهاء إلى أنها نسخت بالنسبة للوارثين فقط وبقي حكمها فيمن لا يرث من الأقارب. وقد علمت فيما تقدم أن ذلك رأي كثير من الفقهاء.

وقد ردّ القائلون بالوجوب مطلقا بأن الناسخ يجب أن يكون معارضا للمنسوخ بحيث لا يمكن الجمع بينهما، وليس الأمر كذلك بين آية الوصية وآيات المواريث، فليس بينهما معارضة. إذ من الجائز أن يكون الشارع قد أراد أن يجمع للوارث بين الوصية له، والفريضة التي فرضها الله له عندما يترك الإنسان خيرا يتسع لمثل ذلك المعروف. وبخاصة إذا ما كان للوارث أياد على



المورث تتطلب الإحسان إليه. وعليه فلا يصح القول بالنسخ مع عدم التعارض بين آية الوصية وآيات المواريث.

أما الحديث فلا ينهض ناسخا لأنه حديث آحاد والآحاد لا ينسخ المتواتر على الصحيح - ثم كيف يجوز أن ينسخ به القرآن وهو لم يصل إلى المستوى الذي يجعله مقبولا لدى الشيخين مسلم والبخاري، فلم يروه واحد منهما.

وما ورد من الآثار دالا على أن رسول الله ﷺ لم يوص خاص بنفي وصيته بالخلافة. بدليل أنه قد ثبت أنه قد أوصى بعدة أمور: منها إيصاؤه لعائشة رضي الله عنها بإنفاق الذهبية «قطعة من ذهب» التي جاءته من اليمين وإيصاؤه بأن ينفذ بعث أسامة. وإيصاؤه بألا يترك في جزيرة العرب دينان. وقد ورد عن عمر رضي الله عنه أنه قال: مات رسول الله ﷺ ولم يستخلف.

وليس في صنيع الصحابة على فرض صحة ما روي عنهم حجة - وليس ما يمنع من أن تكون العطية بعد الوفاة واجبا دون أن تكون كذلك حال الحياة.

وحديث أبي الدرداء: «إن الله قد تصدق عليكم»(١) لا يدل على نفي الفريضة.

ذلك ما رد به القائلون بالوجوب على ما ذكر من أن الآية قد نسخت بآيات المواريث.

أما نسخها بالإجماع فهو مذهب غير سليم لأن الإجماع لا ينسخ القرآن. ثم هو لا يكون إلا عند مستند وبعيد أن يترك ناسخ القرآن الذي أجمع عليه فينسى ويبقى أثره.

وأما ما ذهب إليه الجصاص من أن الناسخ هو قوله تعالى فيما بعد في آيات المواريث: ﴿...مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ...﴿١١﴾﴾ [النساء] فهو مردود

---

(١) سبق تخريجه ص (٢٠٨).



أيضا، لأن وجوب إعادة المعرفة بلفظ معرف أمر غالب وليس بواجب في جميع الأحوال - والوصية التي يجب إخراجها قبل سهام الورثة أعم من الوصية الواجبة. ذلك لوجوب إخراج الوصية مطلقا قبل الميراث. واجبة أم غير واجبة. وإذن فليس المراد من قوله تعالى: من بعد وصية خصوص الوصية السابقة حتى تعاد بلفظ معرف. بل المراد الوصية مطلقا ولو كانت لوارث. ولو أنها أعيدت بلفظ معرف لم يدل ذلك على إخراج وصية التطوع.

وجملة القول أن القول بنسخ الآية أو بنسخ بعض أحكامها ليس بسليم. وإن كان رأي الجمهور أنها منسوخة بالنسبة للوارث وغيره، ورأى بعض من الفقهاء أنها منسوخة بالنسبة للوارث فقط. لأنه لم يقم على ذلك دليل سليم غير معارض بما هو متفق عليه من قواعد النسخ.

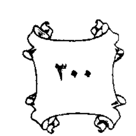
وستعلم عند شرحنا لأحكام الوصية أن واضع قانون الوصية قد اختار أنها واجبة لغير الوارث في بعض الأحوال على ما سنفصله فيما يأتي:

٢- **وعلى المعنى الثاني**: لحكم العقد قد اتفق الفقهاء على أن الوصية حال حياة الموصي غير لازمة فله أن يرجع عنها في جميع الأحوال على ما بينا فيما سبق سواء أقبلها الموصى له في حياته أم لم يقبلها وسواء التزم الموصي عند إنشائها ألا يرجع فيها أم لا لأن التزامه لا يجوز أن يغير حكما شرعيا.

وفي هذه الحال لا يملك الموصى له ردها خلافا لزفر على ما قدمنا.

فإذا توفي الموصي مصرا عليها لزمت من ناحيته وناحية وارثه وكان للموصى له حق ردها إن شاء، عند من يرى أن تمامها متوقف على قبولها.

أما من يرى أنها تتم بموت الموصي فيترتب عليها أثرها كما يترتب الميراث بمجرد الموت فلا يرى له أن يرد ما دام أنه لا يملك التنازل عن ملكه لا إلى مالك آخر. وإذن تكون لازمة له على هذا الرأي. خلافا للرأي السابق.



فإذا قبل لزمته ولم يملك أن يرد بعد ذلك على ما ذهب إليه الجمهور. وذهب الشافعية والزيدية والشيعة الجعفرية إلى أن رده إياها في هذه الحال قبل القبض جائز على قول أو رأي. غير أن خلافه هو الأصح. أما الحنابلة فأجازوا الرد في هذه الحال إذا كان الموصى به من المثليات لعدم استقرار الملك فيه حينئذ وقد شرحنا هذا فيما سبق.

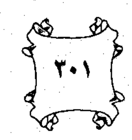
أما بعد قبض الموصى له فالرد لاغ باتفاق بين جميع الأئمة وعندئذ تلزم الموصي بلا خلاف.

وقد علمت أن قانون الوصية قد اختار أن تمام الوصية متوقف على القبول ولذا كان للموصي أن يرجع ما دام حيا فإذا توفي كان للموصى له عند ذلك أن يرد ما لم يقبل فإذا قبل لم يكن له الرد وإنما يجوز له الفسخ إذا قبل منه ذلك أحد ورثة الموصي، وليس له أن يرد حال حياة الموصي ولا بعد القبول. راجع المواد ١٨، ٢٠، ٢١، ٢٣، ٢٤ وقد سبق شرح ذلك كله.

٣- **وعلى المعنى الثالث لحكم العقد:** فقد بينا فيما سبق ما يترتب على الوصية من أثر وأن الموصى له يتملك بالوصية ما أوصي له به، سواء أكان عينا أم منفعة أم حقا، متى كان أهلا لأن يملك، وبينا شرط ذلك ووقته فإن لم يكن أهلا لأن يملك كان حكمها ثبوت حق في تركة الموصي على ما بينا: غير أن الوفاء ببيان آثار الوصية وأحكامها إنما يتم ببيان أحوال الموصى له وأحوال الموصى به وأحكام زيادة الموصى به وحكم الوصية الواجبة والحكم عند تزاحم الوصايا. وهاك بيان ذلك.

أحوال الموصى له:

تتعدد أحوال الموصى له: فقد يكون موجودا حين الإيصاء، وقد يكون معدوما، وقد يكون وارثا للموصى، وقد يكون غير وارث، وإذا كان موجودا فقد يكون معينا، وقد يكون غير معين.



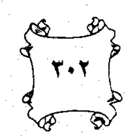
والمعين: قد يكــون جهة من الجـهات، وقد يكون شــخصــا معنويا (أي اعتباريا)، وقد يكون شخصا طبيعيا.

وغير المعين: قد يكون محصورا، وقد يكون غير محصور.

وقد بينا فــيما مضى مــا يشترط في الموصى له لكي تصح الوصــية له، وفــصلنا القول فــي ذلك، ونريد الآن أن نبين أحكام الوصــية له في أحــواله المختلفــة المتعــددة التي أشرنا إليــها، وذلك من ناحــية مــا يترتب عليــها من الأحكام والآثار وهاك البيان:

١- الوصية للمعدوم:

بينا فيما سبق مذاهب الفقــهاء في حكم الوصية للمعدوم، وهو مَنْ لم يكن موجودا عند الإيصاء، ولكنه محــتمل الوجود بعد ذلك، وبينا أن قانون الوصية قد أخذ بما ذهب إليه المالكية من صحة الوصية للمعدوم: سواء كانت وصية بأعيان أم بمنافع، وأن هذه الوصية تظل صــحيحة إلى أن يتحقق اليأس من وجوده فتبطل لذلك: سواء تحقق ذلك قبل وفاة الموصي كأن كانت وصية لأولاد فلان مثلا ولا ولد له فتوفي حال حياة الموصي قبل أن يولد لفلان هذا ولد، أم تحقق بعــد وفاة الموصى له بأن حدثت هذه الوفاة بعــد موت الموصي قبل أن يولد له ولد، فقد بينت المادة ٢٦ وما بعــدها حكم الوصية للمعدوم، والوصية لما يشمل الموجود والمعدوم مستمدا هذا الحكم من مذهب المالكية، إذ قد علمت فيمــا سبق أن الوصية للمعدوم عند غيــرهم باطلة إذا لم يتحقق له وجود عند وفــاة الموصي، وأن الوصية لا تصح إلا لموجــود عند الإيصاء، أو عند وفاة الموصي على مــا شرحناه فيــما سبق من أن الوصيــة إذا كانت لمعين تعيــينا شخــصيــا لزم لصحتــها أن يكون مــوجودا عند الإيصــاء، وإن كانت لموصوف غــير مــعين لزم لصحتــها أن يكون مــوجودا عند الوفــاة إن كان مما يحــصى، وإلا اكتــفى بوجــوده عند القــسمــة والتنفــيذ عــلى ما ذهب إليــه الجمهور.



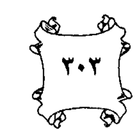
وذهب المالكية إلى جواز الوصية لموصوف غير موجود عند الإيصاء إن كان مما يحصى سواء كان واحدًا أم متعددا، وجد بعضه عند الوفاة أم لم يوجد منه أحد عندها.

فإذا أوصى لأول ولد يولد لفلان صحت الوصية وإذا ولد ذلك الولد له فكان موجودا عند وفاة الموصي أو ولد له بعد وفاته ملك الموصى به عينا كان أو منفعة.

أما قبل وجوده في الفترة التي تكون بعد وفاة الموصي فإن الموصى به يكون لورثة الموصي عينا كان أو منفعة إلى أن يوجد فيكون له، وإن حدث اليأس من وجوده لسبب من الأسباب كوفاة فلان قبل أن يولد له بطلت الوصية واستقرت الملكية للورثة.

وإذا أوصى لمن يولد لفلان ولم يكن أحد منهم موجودا عند الإيصاء فإن الملك لا يستقر ولا يتحدد لكل منهم على الوضع الذي أراده الموصي إلا بعد وجودهم جميعا، وذلك بأن يتحقق اليأس من وجود ولد آخر معهم ويتحقق ذلك بموت فلان أو بسبب آخر من الأسباب.

أما قبل أن يتحقق ذلك فإن الملك سواء كان ملك عين أم ملك منفعة يكون في الفترة بعد وفاة الموصي وقبل وجود أحد منهم لورثة الموصي إلى أن يوجد أحد منهم فيكون له ملك المنفعة إن كانت الوصية بمنفعة ومنفعة العين وثمرتها إن كانت الوصية بعين. وكلما ولد له بعد ذلك ولد شارك الموجود فيما يدركه من المنافع الموصى بها والثمرات، وهكذا إلى أن يتحقق اليأس من زيادتهم فعند ذلك يكون للواحد منهم إن لم يكن وجد غيره أولهم جميعا ملك العين بالتساوي أو بالتفاضل على الوضع الذي أراده الموصي إن كانت الوصية بعين، أو ملك المنفعة كذلك إن كانت الوصية بمنفعة، مع ملاحظة أن تكون القسمة عليهم جميعا إن لم يمت أحد منهم قبل تحقق هذا اليأس، فإن مات أحدهم قبل تحققه وكانت الوصية بعين فإن حظه يكون لورثته لدخوله في الوصية واستحقاقه لحظه منها قبل وفاته.

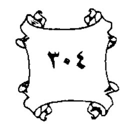


وبناء على ذلك إذا كانت الوصية بعين ومات من وجد منهم قبل تحقق اليأس بوفاة فلان والدهم بعد وفاتهم جميعا فإنه فيما يبدو لي يكون الموصى به لورثتهم؛ ذلك لأن الموصى لهم قد وجدوا بعد وفاة الموصي واستحقوا ملك العين فعلا وقد تبين ذلك بوفاة والدهم، ووفاتهم قبل وفاة والدهم لا يمنع من ثبوت استحقاقهم لما أوصى به لهم، وعلى ذلك تكون العين الموصى بها لهم لا لورثة الموصي.

أما إذا كانت الوصية بمنفعة فالملاحظ فيها أنها إذا كانت مؤقتة بحياة الموصى له أو بمدة محدودة كعدد معين من السنين فإنها تنتهي بانتهاء مدتها أو بانتهاء حياة الموصى له؛ إذ لا توارث في المنافع على ما ذهب إليه القانون. وعلى ذلك فلمن يكون حظ المتوفى منها في هذه الحال إذا ما بقي بعد وفاته بعض الموصى لهم ولم يجعل الموصي حظه لغيره بعد وفاته أيكون لورثة الموصي أم يكون لباقي الموصى لهم؟ الذي يظهر لي من أقوال الفقهاء في مثل هذه الحال من أحوال الوقف والوصية أنه إذا كان اسم الموصى له وعنوانه ينطبق على الباقين فإن حظ المتوفى منهم يرد إلى باقيهم وهكذا حتى ينقرضوا فتنتهي الوصية وتؤول المنفعة إلى ورثة الموصي تبعا لرقبتها.

وأما إذا كان لا ينطبق على الباقين أو قيد الموصي وصيته بقيد يفيد أنه لا يستقل بالغلة من بقي بعد وفاة بعضهم، وأنها يجب أن تكون بينهم بالاشتراك فإن حظ المتوفى يكون لورثة الموصي ولا يكون للباقين إلا حظهم بحسب ما تدل عليه عبارة الوصية وهكذا حتى تنتهى الوصية بانقراضهم.

وقد نص في المادة ٢٨ على أنه إذا لم يوجد من الموصى له سوى واحد فإنه ينفرد بالغلة أو بالعين الموصى بها إلا إذا دلت عبارة الموصي أو قامت قرينة على قصد التعدد وعدم انفراد الواحد بها، وفي هذه الحال يصرف لمن وجد حظه من الغلة كما يكون له حظه من العين، ويعطى الباقي لورثة الموصي عند اليأس من وجود غيره إذا ما كانت الوصية بعين.



هذا، واستحقاق ورثة الموصي للغلة بعد وفاة الموصي وقبل وجود أحد من الموصى لهم أحد قولين عند المالكية. أما القول الآخر فيقضي بأن توقف الغلة بعد وفاة الموصي إلى أن يوجد الموصى له فتكون له تلك الغلة أو العين وغلتها، وعلى ذلك يكون استحقاقه من وقت الوفاة لا من وقت وجوده. نص على ذلك في غير كتاب[1] راجع نص المواد ٢٦، ٢٧، ٢٨، من القانون[2].

٢- الوصية للوارث:

أشرنا فيما مضى إلى ما للفقهاء في الوصية للوارث من آراء وأنهم ذهبوا فيها مذاهب ثلاثة:

الأول: أنها باطلة وإن أجازها سائر الورثة - إذ لا تلحق الإجازة باطلا، وإذا أجيزت مع هذا كانت الإجازة عطية مبتدأة، من قبلهم يجري عليها ما يجري على العطية من أحكام تلزم لنفاذها وترتب أثرها عليها.

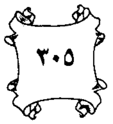
---

(١) راجع حاشية الدسوقي جـ٤ ص ٣٧٧.

(٢) م ٢٦ تصح الوصية بالأعيان للمعدوم ولما يشمل المعدوم والموجود ممن يحصون فإن لم يوجد أحد من الموصى لهم وقت موت الموصي كانت الغلة لورثته وعند اليأس من وجود واحد من الموصى لهم تكون العين الموصى بها ملكا لورثة الموصي، وإن وجد أحد من الموصى لهم عند موت الموصي أو بعده كانت الغلة له إلى أن يوجد غيره فيشترك معه فيها وكل من يوجد منهم يشترك فيها، مع من يكون موجودا وقت ظهور الغلة إلى حين اليأس من وجود مستحق آخر فتكون العين والغلة للموصى لهم جميعا ويكون نصيب من مات منهم تركة عنه.

٢٧- إذا كانت الوصية لمن ذكروا في المادة السابقة - بالمنافع وحدها ولم يوجد منهم أحد عند وفاة الموصي كانت لورثة الموصي، وإن وجد مستحق حين وفاة الموصي أو بعدها كانت المنفعة له ولكل من يوجد بعده من المستحقين إلى حين انقراضهم فتكون المنفعة لورثة الموصي، وعند اليأس من وجود غيرهم من الموصى لهم ردت العين إلى ورثة الموصي.

٢٨- إذا لم يوجد من الموصى لهم غير واحد انفرد بالغلة أو بالعين الموصى بها إلا إذا دلت عبارة الموصي أو قامت قرينة على أنه قصد التعدد ففي هذه الحالة يصرف للموصى له نصيبه من الغلة ويعطى الباقي لورثة الموصي وتقسم العين بين الموصى له وورثة الموصي عند اليأس من وجود مستحق آخر.



وقد ذهب إلى هذا الرأي بعض الحنابلة أخذا من ظاهر قول أحمد في رواية حنبل: لا وصية لوارث. وهو قول المزني، وأهل الظاهر، وقول للشافعي، وإليه ذهب ابن عبد الحكم، وعبد الملك بن الماجشون من علماء المالكية.

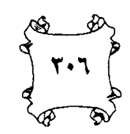
الثاني: أنها صحيحة متوقفة على إجازة سائر الورثة وإجازتهم إياها تعد تنفيذا لإرادة الموصي، لا عطية مبتدأة منهم، وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة وهو قول ابن القصار وابن العطار من علماء المالكية وهو الذي نقله الباجي من فقهاء المالكية عن المذهب، ولا يكاد يختلف هذا الرأي عما جاء في المدونة.

ويختلف هذا الرأي عن الرأي الأول في أن الإجازة على هذا الرأي لا يتوقف أثرها على القبض والحيازة ولا تحتاج إلى قبول الموصى له بل يكفي في نفاذها قول الوارث أجزت ونحوه، وبذلك تلزم الوصية ولا تحتاج إلى قول آخر وإن اعتبرها بعض المالكية كعطية من الوارث.

الثالث: أنها بما لا يزيد على الثلث صحيحة نافذة لا تتوقف على إجازة سائر الورثة وحكمها حكم الوصية للأجنبي وذلك مذهب الشيعة الإمامية الجعفرية وبه قال الهادي والناصر وأبو طالب وأبو العباس من فقهاء الزيدية. وأيده بعض المفسرين كمحمد بن أبي مسلم الأصفهاني.

وقد أخذ قانون الوصية بهذا الرأي فنص في المادة ٣٧ على أن الوصية تصح بالثلث وتنفذ للوارث من غير إجازة الورثة، أما فيما زاد على الثلث فإنها تصح ولا تنفذ إلا إذا أجازها الورثة. وعلى ذلك فالوصية للوارث والأجنبي سواء في الحكم على ما ذهب إليه القانون.

وقد أخذ القانون بهذا الرأي لحاجة الناس إليه فإن منع الوصية للوارث يحول بين المورث وبين أن يصل بعض ورثته، مع أنهم قد يكونون أحب إلى نفسه وأحنى عليه وأولاهم بعطفه وبره لما قدموه له من خدمات وما حبوه به



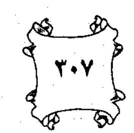
من بر وما أظهروه نحوه من إخلاص، وربما شاركوه في بناء ثروته أو كانوا أحوج من غيرهم لصغرهم أو مرضهم أو ضعفهم، وقد يكون غيرهم عاقا سيء الخلق شرسا في معاملته لا يرعى لمورثه إلاً ولا ضعفا ولا قوامة ولا يذكر له برا ولا معروفا قدمه؛ فلا تطيب نفسه مع هذا أن يسوى بينه وبين من رأى فيه البر وشاهد منه العطف وأنس منه المودة.

ولهذا بحث الناس عن طرق أخرى لتحقيق رغبتهم هذه فلجأوا إلى الإقرار تارة وإلى البيع الصوري ونحو ذلك تارة أخرى، لهذا رؤي أن من الخير أن يجد الناس إلى تحقيق رغباتهم في مجازاة المحسن الطرق المشروعة الحقة دون أن يلجأوا إلى طرق باطلة يلبسونها ثوب الحق. وأن في إبطال الوصية التي قصد بها الضرر أو كان الباعث عليها أمرا محظورا ضمانا لعدم الإضرار بباقي الورثة بالحيلولة بينهم وبين حقوقهم.

٣- الوصية للجهات أو للأشخاص المعنويين:

أشرنا فيما مضى ما تنص عليه المادتان ٧و٨ من قانون الوصية: من صحة الوصية لأماكن العبادة والمؤسسات الخيرية وغيرها من جهات البر، وللمؤسسات العلمية والمصالح العامة وإن لم تكن الجهة الموصى لها موجودة عند الإيصاء ما دام أن وجودها في المستقبل غير ميئوس منه، فإذا توفي الموصي مصرا عليها ثم تعذر وجودها بعد ذلك بطلت الوصية.

ويلاحظ أن القانون في ذلك قد قرن تعبيره عن هذه الجهات بما يفيد أن المراد بها جهات البر والنفع العام مما يدل على أن الإيصاء لها قربة من القرب وصدقة يؤجر الموصي عليها. وفي رأيي أن مسلك القانون في ذلك التعبير لا يراد منه إفادة أن ذلك شرط في صحة الوصية للجهات على العموم، ولا أن الوصية لجهة ليست بجهة بر أو نفع غير صحيحة. وذلك لما أشرنا إليه فيما سبق من أن مناط صحة الوصية لموصى له أن يكون أهلا لأن يملك أو يستحق، وليست الوصية له معصية في نظر الشارع.



وهذا إذا ما تضمنت الوصية إفادة ملك له سواء أكان ملك عين أم ملك منفعـة، أما إذا كانت وصـية بإنفاق كـالوصيـة ببناء مسجـد أو مستـشفى أو كالوصية لله تعالى فليس يراعى فيها ذلك على ما بينا فيما مضى.

وقياسا على ما ذكر تصح الوصـية للأشخاص المعنويين وهم الأشخاص الذين يعتبرهم القانون أهلا للاستحقاق والتملك والتمليك كجهات الاستغلال التي لها شخصية معنوية، وكذلك المؤسسات الصناعية والتجارية التي أعطيت بحكم القانون تلك الشخصية وإن لم تكن أهلا لذلك في نظر فقهاء الشريعة، ذلك لما ذكرنا من أن بعض الفقهاء كالشافعـية والمالكية اعتبر المسجد أهلا لأن يملك - ففي الشـرح الكبير للدردير وحواشـيه[1] ما نصـه: «وصح الإيصاء لمسجـد ونحوه لصحة تملكه بـالوصية بخلاف الحـيوان والحجر» - وفي تحـفة المحتاج[2] «وتصح الوصية لعـمارة نحو مسجد ولمصـالحه، وكذلك إن أطلق الموصي في الأصح بأن قال: أوصيت بكذا للمسجد وإن أراد تمليكه لما مر في الوقف من أنه حر يملك أي منزل منزلته وفي عبد الباقي: «ودخل في قوله لمن يصح تملكه المسجد والقنطرة ونحوهما»[3]، وإذا جاز ذلك في المسجد ونحوه جاز في أمثاله، وأمكن قياس الأشخاص المعنويين على المسجد ونحوه.

وبناء على ذلك فإن الوصية لهـذه الجهات والأشخاص المعنويين تصح: سواء أكانت بتمليك عين أم بتمليك منفعة، وسواء أكان تمليك المنفعة مؤقتا أو على وجـه الدوام وإذا كـان على وجـه الدوام كـان سبـيلهـا عندئذ سـبـيل الوقف[4]، وهذا واضح إذا كانـت الجهة الموصى لهـا جهـة لها صـفة الدوام كالفقراء والمساجد.

أما إذا لم يكن لها صفـة الدوام كمستشفى معين أو مـدرسة معينة، أو كان الموصى له شخصا معينا لا دوام له، فإن الوصـية له بالمنفعة تستمر حينئذ

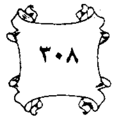
---

(١) الشرح الكبير للدردير جـ٤ ص ٤٢٦.

(٢) تحفة المحتاج جـ٧ ص ١٣.

(٣) انظر عبد الباقي جـ٨ ص ١٧٦.

(٤) ارجع إلى صفحات ١٤٧ وما بعدها من هذا الكتاب.



ما بقي له وجود فإذا انقضى انتهت وعادت العين الموصى بمنفعتها إلى ورثة الموصي - وأساس ذلك على الجملة أن الوصية سبب شرعي من أسباب التمليك فإذا كانت لمن له حق التملك صحت متى استوفت شرائطها.

٤- الوصية لمعين:

إذا كانت الوصية لمعين فقد بينا فيما سبق إجماع الفقهاء على أنه يشترط في صحتها أن يكون موجودا عند الإيصاء وأن يستمر وجوده إلى وفاة الموصي وإلا بطلت الوصية.

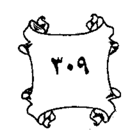
والموصى له إذا كان معينا فقد يكون جهة من جهات البر أو شخصا اعتباريا. وقد قدمنا حكم الوصية في هذه الحال - وقد يكون شخصا طبيعيا: كمحمد ومحمود، وفي هذه الحال قد يكون واحدا وقد يكون أكثر من واحد كأن يوصي لمحمد ومحمود وخالد.

والموصى له إذا كان واحدا فقد يكون موجودا مولودا عند الإيصاء له، وقد يكون عند الإيصاء له حملا مستكنا فإن كان موجودا مولودا عند الإيصاء وبقي حيا إلى أن توفي الموصي مصرا على الوصية له فإنه يمتلك ما أوصى له به على ما بينا فيما سبق.

وإذا كان حملا مستكنا فهاك حكم الوصية له.

الوصية للحمل:

يراد بالحمل هنا الحمل الذي دلت عبارة الوصية على أنه حمل موجود عند صدورها. أما الوصية لحمل سيوجد فإنها من قبيل الوصية للمعدوم وقد سبق بيان حكمها، وهو أنها وصية صحيحة بناء على ما ذهب إليه القانون مستمدا من مذهب مالك، وأنها تظل كذلك إلى اليأس من وجوده فتبطل. فإذا وجد الحمل فإنه يستحق ما أوصى له به إن ولد حيا: بأن صاحب ولادته ما دل على حياته من بكاء أو عطاس أو حركة أو نحو ذلك وإلا بطلت الوصية.



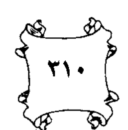
والوصية للحمل جائزة في جميع المذاهب لأنها تمليك له وهو أهل لأن يملك بدليل ميراثه، ولا تتوقف على قبوله عند بعض الفقهاء كالحنفية، ويكفي فيها قبول الولي عند غيرهم على ما قدمنا بيانه عند الكلام على القبول.

والوصية للحمل وصية لمعين ولذا وجب لصحتها اتفاقا وجوده عند الإيصاء كما يجب كذلك ثبوت نسبه ممن نسبه الموصى إليه إن كان قد عرفه بنسبته إليه كان أوصى لحمل فلانة من فلان.

واشتراط وجوده عند الإيصاء في مذهب الحنفية صرح به الطحاوي في مختصره، ولكن نقل عن ظاهر الرواية أن الشرط هو وجوده عند الوفاة. فقد جاء في البدائع للكاساني[1] وأما الذي يرجع إلى الموصى له: فمنها أن يكون موجودا فإن لم يكن موجودا لا تصح الوصية لأن الوصية للمعدوم لا تصح. وعلى هذا يخرج ما إذا قال أوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة أنها إن ولدت لما يعلم أنه كان موجودا في البطن صحت الوصية وإلا فلا، وإنما يعلم ذلك إذا ولدت لأقل من ستة أشهر، ثم يعتبر ذلك من وقت موت الموصي في ظاهر الرواية وعند الطحاوي رحمه الله من وقت وجود الوصية.

وجه ما ذكره الطحاوي أن سبب الاستحقاق هو الوصية فيعتبر وقتها. ووجه ظاهر الرواية أن وقت الموت هو وقت نفاذ الوصية واعتبارها في حق الحكم فيعتبر وجوده في ذلك الوقت. وجاء في البدائع[2]: ومنها أن يكون الموصى له حيا وقت موت الموصي حتى لو قال أوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة فولدت لأقل من ستة أشهر من وقت موت الموصي ولدا ميتا لا وصية له. وما اختاره الطحاوي هو ما عليه المتون وهو الأرجح - وقيل إن كان الحمل معينا بذاته وشخصه فالشرط وجوده وقت الوصية وإلا اكتفى

(١، ٢) البدائع للكاساني جـ ٧ ص ٣٣٥.

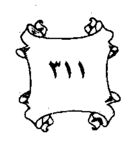


بوجوده وقت موت الموصي، كما إذا كان ضمن المعرفين بالوصف كالوصية لأولاد فلان لاعتبار وقت الموت لصحة الإيجاب في مثل هذه الحال، واعتبار وقت الإيصاء لصحة الوصية لمعين. وهذا هو الظاهر.

ولا يستحق الحمل ما أوصى به إليه إلا إذا ولد حيا وذلك بأن ينفصل جميعه وهو حي وذلك ما أخذ به القانون. وهو مذهب مالك والشافعي وأحمد خلافا للحنفية الذين يكتفون بأن ينفصل أكثره وهو حي لأن للأكثر حكم الكل.. وإنما أخذ القانون بمذهب الأئمة الثلاثة لأنه يتسق مع الغرض من الإيصاء إذ لا يقصد به إلا نفع الموصى له، ولا يتصور له انتفاع إلا بحياته الحياة المستقرة التي تثبت له في عالم الوجود وذلك بولادته حيا - وهذا الخلاف يجري كذلك في الحياة المشترطة في وراثته.

ولم يخرج القانون في بيان ما يدل على وجوده عما قرره الفقهاء في ذلك على اختلافهم فاختار من أقوالهم جملة ما تدعو إليه المصلحة ويتسق مع ما تطور إليه الزمن وقد ذكر لذلك حالتين:

الحال الأولى - حال إقرار الموصي بوجود الحمل عند الإيصاء - وفي هذه الحال إذا ولد الحمل حيا لخمسة وستين وثلاثمائة يوم من وقت الإيصاء أو لأقل من ذلك صحت الوصية وذلك للحكم بوجود الحمل حكما - وذلك بناء على أن أقصى مدة يمكثها الجنين في بطن أمه هي سنة وهو القول الذي ذهب إليه محمد بن عبد الحكم المالكي؛ إذ يرى أن أكثر مدة الحمل سنة قمرية. غير أن الشارع المصري قد اختار أن تكون سنة شمسية بناء على ما انتهى إليه رأي الأطباء الذين استشارهم في ذلك، واعتبر أن أقصى مدة للحمل سنة شمسية عدتها ٣٦٥ يوما خلافا للحنفية الذي ذهبوا إلى أن أقصى مدة للحمل سنتان وأقل مدة له ستة أشهر - وبناء على ذلك وعلى أن المقر يعامل بإقراره ما لم يثبت أنه كاذب بيقين ولا يثبت كذبه بيقين في هذا الإقرار إلا إذا ولد لأكثر من ٣٦٥ يوما فإن الحمل إذا ولد حيا لخمسة وستين وثلاثمائة يوم فأقل من وقت الوصية صحت الوصية له: سواء أكانت الحامل

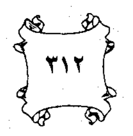


زوجة أم معتدة أم لم تكن كذلك كما يدل على ذلك عموم عبارة القانون في هذه الحال وهي الفقرة الأولى من المادة ٣٥، إذ إن ولادته لهذه المدة مع إقراره بأن الحمل موجود وقت الإيصاء يكفي في اعتبار الحمل موجودا وقت الإيصاء بناء على هذا الإقرار الملزم.

الحال الثانية: ألا يصدر من الموصي إقرار بذلك وفي هذه الحال تصح الوصية إذا ولد الحمل حيا لسبعين ومائتي يوم فأقل من وقت الإيصاء لدلالة ذلك عادة وغالبا على وجود الحمل في وقت الإيصاء لأن هذه هي المدة التي يمكثها الحمل في بطن أمه عادة. وهذا الحكم عام سواء أكانت الحامل زوجة أم معتدة لفرقة بائنة أو لموت أو لطلاق رجعي أو كانت غير متزوجة ولا معتدة، والتقدير بهذه المدة يتفق مع ما ذهب إليه ابن تيمية في كتابه الاختيارات العلمية. إذ جاء في صفحة ١١٤ منه: وتصح الوصية للحمل وقياس المنصوص عليه في الطلاق أنها إن وضعته لتسعة أشهر استحق الوصية. غير أن القانون اعتبرها بالأيام وجعل لكل شهر ٣٠ يوما فإن جاءت به أمه لأكثر من ذلك كان المظنون بناء على الغالب أنها إنما حملت به بعد وقت الوصية، وعلى ذلك لا تصح الوصية سواء كانت زوجة أم خالية من الأزواج ولكن إذا كانت معتدة لوفاة أو فرقة بائنة فإن الوصية تصح في هذه الحالة إذا أتت به لخمسة وستين وثلاثمائة يوم فأقل من وقت الموت أو الفرقة البائنة؛ ذلك لأن الشارع أثبت نسبه من صاحب العدة في هذه الحال وإثبات نسبه منه نتيجة اعتبار المعتدة حاملا عند الوفاة أو عند الفرقة. وإذا كانت الوصية بعد ذلك كان الحمل موجودا عندها ضرورة فصحت الوصية لذلك.

أما إذا أتت به في هذه الحال لأكثر من ٣٦٥ يوما فلا تصح الوصية لاحتمال حدوث الحمل بعد الموت أو الفرقة البائنة.

ويلاحظ أن حدوث الحمل بعد الموت أو الفرقة البائنة لا يستلزم عدم وجوده عند الإيصاء، فقد يحدث بعد ذلك ولكنه يكون موجودا عند

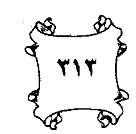


الإيصاء، كما إذا ولدتــه في هذه الحال بعد الإيصاء لأقل من ستة أشــهر مثلا وإن كانت ولادته لأكثر من ٣٦٥ يوما من وقت الموت أو الفرقة البائنة.

ولما كان القانون قــد جرى على الاعتداء بمدة الحمل المعــتادة عند غالب النساء وهي ٢٧٠ يوما أي تسعة أشهر فجعل الولادة لمضيها أو لمضي أقل منها من وقت الإيصاء دليــلا على وجود الحمل عنده ولم يعتــبر في ذلك أقل مدة الحمل التي ذهب إليــها الفقهاء وهي ســتة أشهر لندرة الولادة لهــذه المدة فقد جعل الوصيــة لحمل معتدة الوفاة أو الفــرقة البائنة صحيحــة إذا ولدته لسبعين ومائــتي يوم أو لأقل من وقت الإيصاء، وإن كــان بين الولادة وبين الموت أو الفرقة أكثر من ٣٦٥ يوما، كمــا أفاد ذلك صدر الفقرة الثانية من م ٥٣ وهذا كما هو ظاهر إذا لم يكن الموصي قد عرف الحــمل بنسبته إلى صاحب العدة، أما إذا كان قد عــرفه بهذه النسبة بأن أوصى لحــمل هذه المرأة من فلان فلا بد لصحة الوصية عند ذلك من ثبوت نسب الحمل من فلان، ولا يثبت نسبه منه في هذه الحــال إلا إذا أتت به لسنة فأقل مــن وقت الموت أو الفرقــة بناء على المادة ١٥ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

أما معتدة الطلاق الرجعي فظاهر عبارة القانون يجعلها في حكم الزوجة فإذا جــاءت به لسبعين ومائتي يوم فــأقل من وقت الإيصاء صحت الوصــية؛ وذلك بناء على الفــقرة الثــانيــة من المادة ٣٥ إذا لم يكن إقرار بالحــمل. وإذا جاءت بــه لأكثر مــن ذلك لم تصح الوصيــة وذلك لجواز أنهــا علقت به في العدة بعد الإيصاء ولا يتعارض هذا مع الحــكم بثبوت نسبه في هذه الحال من المطلق؛ إذ يكفي في ثبــوت النسب إمكان إسناد العلوق بالحــمل إلى فراش. وهذا بخلاف الوصية إذ لا بد في صحتها من أن يتحقق وجوده عند الإيصاء.

هذا، وقد أوجب القانون أن الوصية إذا كــانت لحمل من شخص معين اشترط لصحة الوصية ثبوت نسبه من ذلك المعين.



أما غلة الموصى به إذا كان عينا فتوقف إلى أن ينفصل الحمل حيا فتكون له كما تقضي بذلك الفقرة الأخيرة من المادة ٣٥/ ١ وإلى ذلك ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة وهو قول عند مالك[(١)].

هذا، وإذا حدث من حمل واحد أكثر من ولد في وقت واحد أو في وقتين بينهما أقل من ستة أشهر فأتت الحامل بولدين حيين أو أكثر كانت الوصية بينهم بالتساوي لا فرق بين ذكر وأنثى ما لم تدل عبارة الوصية على خلاف ذلك فعند ذلك يتبع في القسمة ما نص عليه الموصي.

وإذا انفصل أحد الولدين أو الأولاد ميتا استحق الحي منهم كل الموصى به على الوضع الذي شرحناه.

وإذا توفي أحد الأولاد بعد ولادته حيا كان حظه في الوصية بالأعيان لورثته؛ لأنه قد ملكه فكان تركة بين ورثته.

وفي الوصية بالمنافع يكون حظه لورثة الموصي. هذا ما نص عليه القانون في المادة ٣٦.

والظاهر أن المراد بحظه في المنافع هو ما كان يستحقه حال حياته من سهم فيها لا بدل ما استحقه منها حال حياته؛ ذلك لأن القانون يجعل الحمل مالكا إذا ولد حيا ويوجب وقف الغلة إلى أن ينفصل حيا فتكون له. ومعنى ذلك أن بدلها يكون له إذا كان الموصى به منفعة كالسكنى. وذلك ما يستلزم أن يكون بدل الغلة ملكا له، وأن يكون تركة بعد وفاته؛ لأنه مال تركه المولود

---

(١) م/ ٣٥: تصح للحمل في الأحوال الآتية:
- إذا أقر الموصى بوجود الحمل وقت الوصية وولد حيا لخمسة وستين وثلاثمائة يوم فأقل من وقت الوصية.
- إذا لم يقر الموصي بوجود الحمل وولد لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من وقت الوصية ما لم تكن الحامل وقت الوصية متعدة لوفاة أو فرقة بائنة فتصح الوصية إذا ولد حيا لخمسة وستين وثلاثمائة يوم فأقل من وقت الموت أو الفرقة البائنة - وإذا كانت الوصية لحمل من معين اشترط لصحة الوصية مع ما تقدم ثبوت نسبه من ذلك المعين - وتوقف غلة الموصى به إلى أن ينفصل الحمل حيا فتكون له.

بعد وفـاته، وبناء على ذلك يجب أن يكون بدل الغـلة فيمـا قبل وفـاته بين ورثتـه. أمـا حظه من المنافع بعـد وفـاته فيكون لـورثة الموصي لأن المنافع لا تورث وتنتـهي الوصيـة بها بالموت وذلك مـا لم ينص الموصي على أن تكون لشخص مـعين بعد وفاته بطريق الإيصـاء له، فعند ذلك تكون لمن أوصى له بها. ولهذا نص في المشروع المعدل لقانون الوصية على أنه في الوصية بالمنافع تكون حصته في بدل المنـفعة إلى حين موته بين ورثته، أما ما بعـد موته فترد إلى ورثة الموصي كما تدل على ذلك م ٣٦/ ١ ولا شك أن هذه العبارة أوضح وأبعد عن اللبس(١).

وقد سوى القـانون بين ولدين أتت بهما أمهمـا في وقت واحد وآخرين أتت بهما أمهما في وقتين بينهما أقل من ستة أشهر، لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر فإذا أتت بالولد الثاني لأقل من هذه المدة تبينا أنهـما توأمان اجتمعا في بطن أمهما، بخلاف ما إذا أتت به لستـة أشهر فأكثر؛ إذ يجوز في هذه الحال أن تكون قد علقت بالثاني بعد ولادة الأول.

الوصية لمعين متعدد:

إذا أوصى شخص لاثنين أو أكثر في وصية واحدة وعين من أوصى لهم بأسمائهم أو مما يقوم مـقام ذلك مما يدل على تعيينهم شخصيا وكـانوا جميعا أهلا للإيصاء ثم توفي الموصي مصرا على وصيتـه وقبلوها جميعا فإن الموصى به يكون بينهم جـميعا بالـتساوي أو بالتـفاضل على حسب مـا نص عليه في الوصية.

فإن بـطلت الوصيـة لأحدهم فـقد يكون بطلانهـا بسبـب عدم صـحة الإيجاب له لأنه كان ميتا عند الإيجاب له أو ليس أهلا للملك والاستحقاق.

---

(١) نص المادة ٣٦: إذا جاءت الحامل في وقت واحد، أو في وقتين بينهما أقل من ستة أشهر بولدين حيين أو أكثر كـانت الوصية بينهم بالتساوي إلا إذا نصت الوصيـة على خلاف ذلك. وإن انفصل أحدهم غير حيّ. استحق الحي منهم كل الوصية، وإن مات أحد الأولاد بعد الولادة كانت حصته بين ورثته في الوصية بالأعيان، وتكون لورثة الموصي في الوصية بالمنافع.



وقد يكون بطلانها بسبب طارئ بعد صحة الإيجاب كوفاته بعده إذا كان معينا أو رده الوصية بعد وفاة الموصي أو نحو ذلك. وهذه أحوال تجمعها حالان:

أولاهما: ألا يصح الإيجاب لأحدهم لأنه غير أهل له.

ثانيهما: أن يكون الإيجاب له صحيحا ولكن يطرأ بعد صحته ما تبطل به الوصية. ولبيان حكم هاتين الحالتين يجب مراعاة أصلين:

أحدهما: الوصية إذا وقعت لاثنين أو لجماعة بعبارة دلت على قسمة الموصى به بينهم كان لكل منهم حظه منه بناء على ذلك لا يزاد عليه، وإن بطلت وصية أحدهم مثل أن يقول: أوصيت لفلان وفلان بثلث مالي أو ثلث مالي بين فلان وفلان، ففي هذه الحال لا يستحق الواحد منهما جميع الثلث؛ لأن الاستحقاق تابع لما يدل عليه الإيجاب، وإيجاب الموصي بحصة لا يكون إيجابا بأكثر منها.

وإن دلت العبارة على الإيصاء لكل منهما بجميع الثلث كأن أوصى لكل منهما بجميع الثلث: سواء أكان ذلك بعبارة واحدة أم بعبارتين فإن النقصان إنما ينال كلا منهما بسبب مزاحمتهما في الموصى به فينقسم عليهما في هذه الحال لعدم المرجح فيكون لكل منهما نصفه، فإن خرج المزاحم من الوصية بعد صحة الإيجاب له خرج بحصته ولا يكون للآخر إلا حصته؛ لأن الوصية قد صحت لهما جميعا وثبتت بسبب ذلك شركتهما في الموصى به فإذا بطل حق أحدهما بعد ثبوته لم يوجب بطلانه زيادة في حق الآخر.

ثاني الأصلين: أن جهالة الموصى له عندما تكون الوصية للتمليك تمنع صحة الوصية لأن التمليك لا يتم إلا بالقبول، والقبول من المجهول غير متصور، وعليه إذا كان الموصى له معينا وقت الإيصاء كان الإيجاب بالوصية إيجابا وقت الإيصاء. وإن لم يكن معينا وقت الإيصاء ويتعين عند الموت كان الإيجاب بالوصية إيجابا وقت الموت، وكان تعيين الموصى له عند الموت كتعيينه وقت الوصية وذلك هو شأن الموصى به، فإن الموصى به إذا كان معينا عند الإيصاء اعتبر الإيجاب وقت الوصية وإن لم يكن معينا وقت الإيصاء

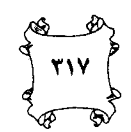


اعتبر الإيجاب عند الموت، حتى لو أوصى بمنزل لا يملكه وقت الوصية ثم كان له ذلك المنزل قبل الموت فملكه لم تصح الوصية لأن الموصى به معين لا يملكه الموصي عند الإيصاء فوقع الإيجاب بسبب ذلك باطلا، إذ العبرة حينئذ بوقت الإيصاء. ولو أوصى بثلث ماله ولا مال له عند الإيصاء ثم ملك مالا قبل الموت فتوفي عنه صحت الوصية لاعتبار الإيجاب وقت الموت. وذلك ما بيناه عند كلامنا على شروط الموصى به من أن العبرة في صحة الإيجاب بوجوده عند الإيصاء إذا كان معينا وبوجوده عند الموت إذا لم يكن معينا.

وبناء على ذلك إذا كان الموصى له معينا فإنما يصح الإيجاب له ويدخل في الوصية إذا كان أهلا للإيجاب عند الإيصاء فإذا لم يكن أهلا له عند الإيصاء كأن كان ميتا أو حجرا أو دابة - على ما أوضحنا فيما سبق - لم يدخل في الوصية ولم تتحقق به المزاحمة عند الاشتراك بسببها وكأن الوصية له لم تكن. وكذلك إذا لم يكن معينا فإنما يصح الإيجاب له إذا كان أهلا للإيجاب عند الموت فإذا لم يكن أهلا له عند موت الموصي كأن توفي قبل ذلك لم يدخل في الوصية ولم تتحقق به المزاحمة. وهذا هو ضابط الحال الأولى التي أشرنا إليها.

أما إذا صح الإيجاب للمعين بثبوت الأهلية له عند الإيصاء، أو لغير المعين بثبوت الأهلية له عند موت الموصي ثم طرأ بعد ذلك ما ترتب عليه بطلان الوصية له فإنه يخرج من الوصية بعد ثبوت حقه في حصته بناء على تحقق المزاحمة بسبب دخوله في الوصية، فإذا خرج في هذه الحال خرج بحصته، ولم يستوجب خروجه زيادة في حصة الآخرين، وكانت حصته في هذه الحال لورثة الموصي يزاحمون بها أهل الوصايا الأخرى عند ضيق محلها. وهذا هو ضابط الحال الثانية التي أشرنا إليها.

وبناء على ذلك قال محمد رحمه الله تعالى: رجل قال: أوصيت بثلث مالي لفلان وفلان وأحدهما ميت كان للحي منهما كل الثلث علم الموصي بذلك أم لم يعلم؛ لأن قوله: أوصيت بثلث مالي لفلان؛ وصية بكل الثلث



له وقد عطف الثاني عليه فكان كأنه قال: أوصيت بثلث مالي لفلان وبثلث مالي لفلان وكان موصيا لكل واحد منهما بجميع الثلث، ولا يكون الإيصاء للثاني إعراضا عن الإيصاء للأول. وصار كما لو وكل رجلا ببيع ماله ثم وكل آخر. وإذا صار موجبا لكل واحد منهما بجميع الثلث فليس ينتقص حق كل منهما إلا بحكم المزاحمة، والمزاحمة لا تتحقق هنا لأن الميت ليس أهلا لإثبات الملك له فبقي الكل للحي منهما.

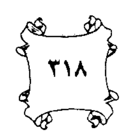
وعن أبي يوسف: إذا لم يعلم الموصي بموت من مات منهما كان للحي نصف الثلث؛ لأنه إذا علم كان هازلا لاعبا بذكر الوصية للميت، فيبطل لذلك ذكر الميت، كما لو ضم إلى الحي حائطا أو دابة، وأما إذا لم يعلم فإنه يكون قد قصد إلى الشركة بينهما وإلى الإيصاء لكل منهما بالثلث فوجب إعمال قصده وإرادته فلا يستحق كل الثلث.

ووجه ظاهر الرواية وهو ما روي عن محمد ما ذكرناه من أن نقصان حق كل واحد منها عن الثلث بحكم المزاحمة والشركة في الإيجاب ولا شركة مع الميت فلا تثبت المزاحمة فلا يكون نقصان.

ولو قال ثلث مالي لفلان وفلان وهما حيان فمات أحدهما قبل موت الموصي كان للباقي منهما نصف الثلث والنصف لورثة الموصي، لأن الوصية صحت لهما لثبوت أهليتهما عند الإيجاب وإن تأخر الاستحقاق إلى وقت الموت.

ومثله ما لو أوصى لوارثه ولأجنبي بالثلث فلا يكون للأجنبي إلا نصف الثلث لصحة الوصية لهما لثبوت أهليتهما عند الإيصاء حتى لو أجازت الورثة الوصية للوارث نفذت وإذن لا يتكامل الثلث للأجنبي.

ولو قال: ثلث مالي بين فلان وفلان وأحدهما ميت؛ كان للحي نصف الثلث علم الموصي بذلك أو لم يعلم، وكذلك الحكم لو قال: ثلث مالي بين فلان وبين هذا الحائط لا يكون لفلان سوى نصف الثلث؛ لأن استحقاقه للنصف ليس بحكم المزاحمة بل بدلالة العبارة لأن كلمة بين تدل على



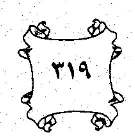
التنصيف؛ ولذا لو قال ثلث مالي بين فلان ولم يزد على ذلك كان لفلان نصف الثلث.

ولو قال ثلث مالي لفلان ولعقبه كان لفلان كل الثلث، لأن عقبه من يخلفه بعد موته، ولا يكون العقب في حياته فكانت الوصية للعقب وصية لمعدوم، والوصية لمعدوم لا يترتب عليها مزاحمة كما بين.

ولو قال ثلث مالي لفلان ولولد عبد الله وهم أحياء ثم مات جميع ولد عبد الله قبل موت الموصي ومات الموصي وليس لعبد الله ولد كان لفلان جميع الثلث لأنه وقد أبهم وله عبد الله ولم يعين كانت الوصية إيجابا لولد عبد الله الموجودين عند موت الموصي، فإذا لم يكن منهم أحد عند موته كانت الوصية لهم وصية لمعدوم، لأن العبرة في الوصية لهم كما قلنا هو وقت موت الموصي. وهم موتى في ذلك الوقت فلم تتحقق بهذه الوصية مزاحمة فسلم الثلث جميعه لفلان - فإن لم يكن لعبد الله ولد وقت الإيصاء ثم ولد له أولاد عشرة أو كان له وقت الإيصاء أولاد فماتوا جميعا ثم ولد له عشرة أولاد ثم مات الموصي وهم أحياء كان الثلث بين فلان وبين ولد عبد الله على عدد رءوسهم فيكون على أحد عشر سهما.

ولو قال ثلث مالي لفلان ولمن كان في هذا البيت ولم يكن في البيت أحد عند الموت كان الثلث كله لفلان لأنه أشرك مع فلان المعين غير المعين فاعتبر لذلك الإيجاب له إيجابا عند الموت، فإذا لم يكن في البيت أحد وقت الموت لم تثبت المزاحمة ولا الاشتراك - ولو قال ثلث مالي لفلان ولمن يوجد في هذا البيت الآن ولا أحد في البيت وقت الإيصاء كان الثلث كله لفلان لأن التعيين في هذه الحال في حكم التعيين بالاسم أو الإشارة.

ولو قال: ثلث مالي لفلان ولفقراء ولد عبد الله فمات الموصي وليس في ولد عبد الله فقير أو كانوا جميعا فقراء وقت الإيصاء فاستغنوا جميعا قبل موت الموصي كان الثلث كله لفلان؛ لأنه إذا أوصى لفقراء ولد عبد الله ولم يعينهم باسم أو بإشارة كان الإيجاب معتبرا وقت الموت وليس منهم فقير في



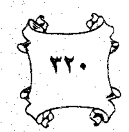
ذلك الوقت فكانت وصية لمعدوم، ولو كان فيهم فقراء وقت الإيصاء وأغنياء فاستغنى الفقراء وافتقر الأغنياء ومات الموصي على ذلك كان الثلث بين فلان وبين من كان فقيرا من ولد عبد الله يوم مات الموصي على عدد رءوسهم.

ولو قال: ثلث مالي لفلان ولولد عبد الله هؤلاء فمات من أشار إليهم قبل موت الموصي كان لفلان حصته من الثلث، لأن الوصية وقعت لمعين كان من أهل الاستحقاق عند الوصية فثبتت المزاحمة فإذا زالت بعد ذلك لم يتكامل حق فلان.

ولو قال: ثلث مالي لفلان ولمحمد بن عبد الله إن مت وهو فقير فمات الموصي ومحمد غني كان لفلان نصف الثلث فقط لأن من أشركه وهو محمد معين وكل ما في الأمر أن الموصي علق ثبوت حكم الوصية له على شرط هو فقره يوم الموت، وتعليق حكم الوصية على شرط لا يمنع انعقادها، كتعليقها بشرط بقاء الموصى له إلى أن يموت الموصي، وإذا انعقدت الوصية كان عند الإيصاء موجبا لكل منهما بنصف الثلث، فإذا بطل استحقاق أحدهما لفقد الشرط المعلق عليه هو الفقر فقد بطل بعد صحة الإيجاب فلا يزداد حق الآخر، كما لو أوصى بثلث ماله لفلان وفلان ثم مات أحدهما قبل موت الموصي، وكذا لو قال: ثلث مالي لفلان ولعبد الله إن كان عبد الله موجودا في هذا البيت ولم يكن عبد الله موجودا فيه لأنه إنما أشرك المعين وعلق الحكم بالشرط كما قلنا.

ولو قال: ثلث مالي لفلان ولعبد الله إن كان عبد الله حيا فإذا عبد الله ميت قبل ذلك كان لفلان كل الثلث.

والفرق بين هذه الصورة والتي قبلها أن الحياة شرط لصحة الإيجاب فيراعى وجودها وقت الإيجاب فإذا لم يتحقق لم يصح، أما كونه في البيت فليس بشرط لصحة الإيجاب فيجعل شرطا لثبوت الحكم، فكان الإيجاب له صحيحا لثبوت أهليته ولم يثبت الحكم له عند الموت لفقدان شرطه.



هذا ما ذهب إليه الحنفية نقلا عن الزيادات لمحمد رحمه الله. ومنه يظهر أن ما جاء في بعض كتب المتأخرين من الحنفية خلاف هذا ليس بالدقيق في بيان مذهبهم.

وبناء على ما قدمنا إذا صدر الإيجاب صحيحا لجميع الموصى لهم على الوضع الذي شرحناه، ثم طرأ بعد ذلك ما أوجب بطلان الوصية لبعضهم فإنه لا يكون للباقي من الموصى لهم إلا حصته في الوصية، وترد حصة من بطلت الوصية له بسبب طرق المبطل إلى ورثة الموصي فإذا أوصى شخص بثلث ماله لزيد وخالد ثم مات خالد قبل وفاة الموصي. أو قتل الموصي أو رد الوصية؛ فإنه لا يكون لزيد في هذه الصور إلا نصف الموصى به. وهو ما يخصه ويكون باقيها وهو ما يخص خالدا منها لورثة الموصي يحاصون بها أهل الوصايا الأخرى.

ووجه ما تقدم: من أن الإيجاب إذا صدر لهم جميعا صحيحا استوجب قسمة الموصى به بينهم بسبب المزاحمة على الوضع الذي أراده الموصي نتيجة لتوجهه إليهم دفعة واحدة فكان في المعنى كإيجابات متعددة بعددهم، فإذا بطل بعضها بعد ذلك فإنما يبطل في محله من الموصى به ويظل غيره صحيحا في محله، فتمضى الوصية في الصحيح وتبطل فيما بطل، ويرد محله أو موضوعه إلى ورثة الموصي باعتباره من تركته - وإذا أوصى بثلثه لأولاد فلان ثم توفي وهم خمسة، فردّ أحدهم الوصية بعد موت الموصي فإنه يخرج منها بحصته وهي خمس الثلث، ولا يكون للأربعة إلى أربعة أخماس الثلث لما قدمناه. واستحق للورثة أن يزاحموا بالخمس - وذهب المالكية كما تقدم إلى صحة الوصية للميت؛ فقد جاء في المدونة[1]: قال ابن القاسم: قال مالك في رجل أوصى بثلثه لرجل فإذا الموصى له قد مات قبل الوصية. إن كان علم بموته حين أوصى فهي للميت يقضي بها دينه ويرثها ورثته إن لم يكن عليه دين. وإن كان لم يعلم الموصي بموته فلا وصية له ولا لورثته ولا لأهل دينه.

---

(١) ص ٣١٥ من كتاب الوصايا.

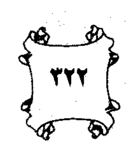
وكذلك ذهب مالك إلى أن الوصية تبطل بموت الموصى له قبل موت الموصي، فقد جاء في المدونة عقب العبارة السابقة:

قال سحنون لابن القاسم: وسواء عندك أن كان أوصى لهذا الرجل ثم مات بعد ما أوصى له أو أوصى له وهو ميت فقال: إذا أوصى له وهو حي ثم مات الموصى له قبل موت الموصي فقد بطلت الوصية له، كذلك قال لي مالك، وإن علم الموصي بموته - أي وقد مات بعد الوصية - فوصيته باطلة ويحاصّ بها ورثة الموصي أهل الوصايا الأخرى إذا لم يحمل الثلث وصاياهم ويكون ذلك لهم دون أهل الوصايا. وعندئذ يحاصّون بها أهل الوصايا الأخرى إذا ما ضاق عنها محلها لحلولهم محل الموصى له بها، وقد كان الموصى له بها يحاص بها أهل الوصايا الأخرى لو لم يطرأ المبطل فكذلك من حل محله.

قال سحنون: وقد قال مالك: إذا علم الموصي بموت الموصى له فوصيته باطلة ولا يحاص بها أهل الوصايا، قال سحنون: وعلى هذا أكثر الرواة. وإنما يحاص الورثة بوصية الموصى له أهل الوصايا إذا مات الموصى له قبل موت الموصي، والموصي لا يعلم بموته؛ لأن الموصي مات وقد أدخله على أهل الوصايا فمات الموصي والأمر عنده أن وصيته لمن أوصى له جائزة، فلما بطلت بموت الموصى له قبل موت الموصي رجع ما كان له إلى مال الميت ووقف الورثة موقفه ودخلوا مدخله فحاصوا أهل الوصايا بوصيته لأنه هو كذلك كان يكون يحاصهم بوصيته.

ففي هذا النص ذكر أن لوصية الموصي إذا صدرت لميت حين الإيصاء صحت إن كان الموصي يعلم ذلك حين أوصى وتكون للميت يقضي بها دينه إن كان عليه فإن لم يكن عليه دين تكون لورثته.

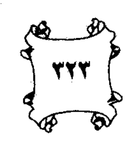
وجاء في غير المدونة كالخرشي والدسوقي على الشرح الكبير للدردير أنه إذا لم يكن دين ولا ورثة بطلت هذه الوصية - ولا شك أن بطلانها حينئذ يستتبع رجوعها إلى ورثة الموصي أي إلى تركته ولم ينصوا على وضعها حينئذ



أيحاص بهـا الورثة أهل الوصايا الأخـرى إذا كان للمـوصي وصايا غـير هذه الوصية وضاق عنها محلها أو تعتبر باطلة وكأن لم تكن؟

ثم جاء فـي النص السابق أن الموصي إذا كـان لا يعلم بموت الموصى له حين أوصى - فوصيته باطلة، إذ جاء فـيه أنه لا يكون للموصى له وصية ولا لورثته ولا لدينه. وعندئذ تكون الـنتيجة أن الموصى به يرجع إلى التـركة في هذه الحال ،ولم يتعرض النص أيضا لمركز الورثة في هذه الحالة بالنسبة للوصايا الأخرى إن كان هناك وصـايا أخرى للموصي أيحاصون بهذه الوصـية الباطلة أرباب الوصايا الأخرى أم لا يحاصون.

ثم جاء في النص أيضا أن الموصي إذا أوصى لشخص وهو حي ثم مات الموصى له قبل موت الموصي فإن هذه الوصية تبطل سواء أعلم بموته بعد ذلك أم لم يعلم، إذ جاء فيه: إذا أوصى له وهو حي ثم مات الموصى له قبل موت الموصي فقد بطلت وصيته وإن علم بموته أي بعد موته فوصيته باطلة، ثم ذكر أن حكم هاتين الحـالين: حال علمـه بموته وحال عدم عـلمه بموته مخـتلف. فعند علمه بموته لا يحاص الورثة بهذه الوصية أرباب الوصايا الأخرى، وعند عدم علمه بموته يحاصون بها أرباب الوصايا الأخرى، وعلل ذلك بأن الموصي مـات في هذه الحال بعـد أن أدخل الموصى له علـى أرباب الوصايا الأخـرى والأمر عنده إلى مـوته أن وصيتـه هذه جائزة نافذة قـد انتقصت بهـا الوصايا الأخرى لضيق مـحلها عنها، فلما بطلت بموت الموصـى له قبل موت الموصي رجع ما كان يكون للموصى له إلى مال الموصي وحل ورثته فيه محل الموصى له ودخلوا مدخله فحاصوا أهل الوصايا الأخرى كما كان الموصى له يحاصهم لو أنه بقي حيـا إلى ما بعد موت الموصي، وهذا يخـلاف الحالة الأخرى التي علم فيها الموصي بموت الموصى له إذ إنه في هذه الحـال قد مات والأمر عنده أن وصـيتـه هذه باطلة لا ينتقـص بسبـبهـا أرباب الوصايا الأخـرى وأن هذه الوصايا على وضـعها الذي وضـعه دون انتـقاص فوجب تنفـيذ رغبتـه هذه وإرادته.



أقول وإذا كانت هـذه هي العلة فإنه يترتب عليهـا أن الحكم في المسألة السابـقة، مسـألة الوصيـة للميت، أنهـا في الحالين حـال علم الموصي حين الإيصاء بموت الموصى له وحـال عدم علمه بذلك أن وصيـته هذه إذا رجعت إلى مال الموصي لبطلانها حاص الورثة أرباب الوصايا الأخرى، إذ في الحالين يلاحظ أن الموصي قد مـات وأمر الوصيـة عنده أنها جائزة ينتـقص بها أرباب الوصايا الأخـرى - أما عند علمـه بالموت فالأمر ظاهر، لأن الـوصية حـينئذ صحيـحة يوفى بها الدين ومـا بقي فلورثة الموصى له، وأما عنـد عدم العلم بموته فكذلك لأنه قـد مات وهو على علم بأن وصـيتـه ماضيـة إذ لا علم له بسبب بطلانهـا وليس لبطلان الوصية حين صدورها وبطلانهـا بعد ذلك قبل موت الموصي أثر في هذا الحكم كما يتبين ذلك من التعليل.

وكذلك اشترطوا في صحة الوصية أن يكون الموصى له ممن يصح تملكه ولو في ثاني الحال - أي بـعد وجوده - وعلى ذلك أبطلوا الوصـية للحـجر والدابة وصححوا الوصيـة للمعدوم إذا صح أن يملك حال وجوده. نص على ذلك في جميع كتب المذهب المالكي عند الكلام على شرط الموصى له.

وجاء في المدونة أيضا[1]: قال مالك: إن الذي يقـول ثلث مالي لفلان ثم يقول بعد ذلك جميع مالي لفلان أنهما يتحاصان فيكون الثلث بينهما على أربعة أجزاء لصاحب الوصية بالثلث جزء ولصاحب الوصية بالمال جميعه ثلاثة أجزاء؛ إذ ليس في الوصـية الثـانية نقض للأولى. وبناء على هذا فـسواء أن يوصي شـخص لاثنين بشيء كالثلث مـثلا مـرة واحدة بـعبـارة واحدة أو أن يوصي لهما به في وقتين مختلفين بعبـارتين إذ يكون الحكم هو مشاركتهما في الموصى به على حسب المحاصة.

وجاء في المدونة[2]: أرأيت إن قـال ثلث مالي لـفلان وفـلان فمـات أحدهما قبل موت الموصي قال: لفلان الباقي نصف الثلث وترجع وصيته إلى

(١) المدونة ١٥ ص ٦٩ من الكتاب التالي.

(٢) المدونة جـ٥ ص ٧٤ من كتاب الوصية الثاني.

الورثة - قلت أرأيت أن قال عشرة دراهم من مالي لفلان ولفلان أيضا رجل آخر من مالي عشرة دراهم والثلث إنما هو عشرة فمات أحدهما قبل موت الموصي قال: قد اختلف قول مالك فيها كان في أول زمانه يقول: إن علم بموته أسلمت العشرة إلى الباقي منهما. وإن لم يعلم بموته حاص الورثة بها هذا الباقي فيكون للباقي خمسة دراهم، قال سحنون: وهذه الرواية عليها أكثر الرواة.

أقول: وهذه الرواية متسقة مع التعليل السابق إذا كانت المحاصة عند عدم العلم بالموت لأن الموصي قد مات وأمر الوصية عنده أنها جائزة نافذة انتقص بها أرباب الوصايا الأخرى بخلاف الأمر عند علمه بموت الموصى له إذ بذلك يعلم أن وصيته قد بطلت.

ثم جاء بعد ذلك، قال ابن القاسم: ثم كلمنا مالكا فيها بعد ذلك بزمان فقال: أرى أن تسلم العشرة إلى الباقي علم بموته أم لم يعلم.

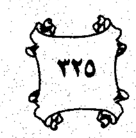
أقول: ومقتضى هذه الرواية أن الوصية إذا بطلت اعتبرت كأن لم تكن ولا يحاص بها الورثة سواء أصدرت باطلة أم بطلت بعد صدورها؛ لأن هذا الحكم إذا كان لها في حال بطلانها بعد صدورها فأولى أن يكون لها إذا صدرت باطلة، وهذا لا يتسق مع التعليل السابق.

ثم جاء فيها بعد ذلك - ثم سألته بعد ذلك بأعوام في آخر زمانه فقال: أرى أن يحاص بها الورثة علم الموصي بموته أم لم يعلم.

قال ابن القاسم: وذكر ابن دينار أن قوله هذا الأخير هو الذي يعرف من قوله قديما.

ثم قال ابن القاسم: وأنا أرى أن الورثة يحاصون بها علم الموصي بموت الموصى له أم لم يعلم وهو قول مالك الأخير.

قلت: أرأيت إن قال ثلث مالي لفلان وثلثا مالي لفلان فمات أحدهما قبل موت الموصي قال هذا عندي مثل ما وصفت لك من الوصية في العشرة



لهذا والعشرة لهذا، فإن كان الذي مات منهما صاحب الثلث كان للباقي منهما ثلث مال الميت في قول مالك الأخير نتيجة للمحاصة - أما في قوله الأول إن علم بموته كان لصاحب الثلثين كل الثلث وإن لم يعلم بموته كان له ثلثا الثلث نتيجة المحاصة. وقوله الأوسط الثلث كله للباقي منهما نتيجة عدم المحاصة والذي أخذ به أنه ليس له إلا ثلث الثلث ويحاص الورثة بالوصية التي بطلت علم الموصي بالموت أم لم يعلم. مع تصرف للإيضاح.

وهذا القول الأخير في وصية صدرت صحيحة ثم بطلت ولم يفرق فيه بين حال علم الموصي بالموت فتوفي والأمر عنده على ألا انتقاص وحال لم يعلم الموصي فيها بموت الموصى له فتوفي وأمر الوصية له أنها جائزة نافذة تنتقص بها الوصايا الأخرى فسوف بين الحالين في ثبوت المقاصة ولا يظهر أن يجعل هذا أصلا لوصية صدرت باطلة كالوصية لشخصين أحدهما ميت حين الإيصاء. وليس بخفي أن هذه الأقوال الثلاثة تجري في المسألة السابقة. وهي ما إذا أوصى بثلثه لفلان فمات أحدهما قبل موت الموصي، ويكون الإطلاق فيها بثبوت المحاصة سليما على القول الأخير فثبتت للورثة سواء أعلم الموصي بالموت أم لم يعلم - وبناء على ما تقدم يمكن أن يقال إن المحاصة تكون للورثة إذا ما صدر الإيجاب صحيحا ثم بطل بعد ذلك سواء علم الموصي بذلك أم لم يعلم.

وجاء أيضا في المدونة(١): وسألت مالكا عن ثلاثة رجال أوصى لهم رجل بثلاثين دينارا ثلاثين دينارا لكل واحد منهم والثلث لا يحمل ذلك فقال أحدهم لا أقبل الوصية، قال مالك: يحاص ورثة الميت بوصية الرجل الذي رد وصيته أهل الوصايا فيأخذون وصيته فيقسمونها مع ميراثهم.

قلت: أفيكون للرجلين الآخرين ثلثا الثلث؟ قال: نعم قال سحنون وقال غيره لأنه أدخل كل واحد منهم على صاحبه ومات ودرج والوصية عنده على ذلك فلما رد واحد منهم رجع ما كان له إلى ورثة الميت فكان للورثة

---

(١) المدونة جـ١٥ ص ٥٤.



محاصة الباقين لأن الورثة دخلوا مدخل الراد، وقد كان الراد لو لم يرد لحاصهم، فلما رد وقعت الورثة موقعه لأن الميت أدخل كل واحد منهم على صاحبه، وهذا قول الرواة لا أعلم بينهم فيه اختلافا.

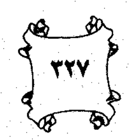
وهذا التعليل يتفق مع التعليل الأول السابق الذي يهدف إلى العمل برغبة الموصي عند موته لأن الموصي قد مات وهو يعلم أن وصيته ماضية والحكم في هذه المسألة على هذا الوضع لا يختلف في الجملة مع قول مالك الأخير المار الذي يقضي بالمحاصة؛ علم الموصي بالموت أم لم يعلم، وهو القول الذي يدل على أن مجرد إدخال موصى له على آخر يقضي بالمحاصة، علم الموصي بعد ذلك ببطلان الوصية أم لم يعلم.

وجاء فيها: قلت أرأيت إن أوصى رجل بعبده لوارث وأوصى لأجنبي بوصية كيف يصنع؟ قال مالك في رجل أوصى بوصية لأجنبي وأوصى لوارث أيضا: يتحاصّون ويحاصّ الورثة الأجنبي بالوصية في الثلث ثم تكون حصة الوارث لجميع الورثة إلا أن يجيزوا ذلك.

والحكم بالمحاصة في هذه المسألة ظاهر لأن الموصي قد مات والوصيتان صحيحتان فثبتت المشاركة.

وهذه المسائل الأخيرة يمكن أن تجعل أساسا للقول بأن مذهب المالكية على الجملة يقضي بأن يحاص الورثة أهل الوصايا الأخرى بوصية من بطلت وصيته إذا كان بطلانها بسبب حدث بعد صدورها مع ملاحظة قول مالك الأخير المار سواء علم الموصى به أم لم يعلم.

أما إذا صدرت باطلة فإن كانت لحجر ونحوه فالظاهر أنها لغو من القول ويكون الحكم فيها هو اعتبارها كأن لم تكن ولا شك أنها بهذا الحكم أولى من الوصية لشخص مات بعد الإيصاء، وقد علم الموصي بموته حيث جاء في إحدى الروايات أنه لا محاصة. أما إذا صدرت لميت وهو يعلم أنه ميت فقد ذكروا أن الوصية في هذه الحالة صحيحة على ما بينا وصحتها تقضي بثبوت المحاصة بها عند بطلانها بعد ذلك.



وأما إذا كان لا يعلم أنه ميت فقد ذكررا أنها باطلة فهل في هذه الحال تعتبر كأن لم تكن فلا يحاص بها؟ - هذا وجه - أو يقال إنه قد أدخل بها الموصى له على غيره وذلك ما يدل على قصد المشاركة فيحاص بها؟ - هذا وجه آخر ولم أر ما يدل على اختيار أحد الوجهين عند المالكية.

غير أنه يظهر مما تقدم أنه إذا صدرت الوصية صحيحة ثم بطلت بعد ذلك بسبب طارئ كأن يقتل الموصي فإن الوصية تبطل في حصة القاتل وترد إلى ورثة الموصي ويحاصون بها أهل الوصايا الأخرى على ما يفهم مما نقلناه عن المدونة وهذا ما ذهب إليه الحنفية إذ إن هذه الحال تماثل حال موت الموصى له قبل موت الموصي.

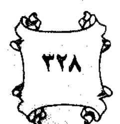
وإذا أوصى شخص لزيد ولولد خالد ولا ولد له فالوصية صحيحة عند المالكية إذا كان يعلم ذلك وعندئذ ينتظر حدوث ولد له فإن حدث كانت الوصية له على ما قدمنا وإن لم يحدث وتحقق اليأس من حدوثه بطلت الوصية.

وإن أوصى وهو لا يعلم ذلك فالوصية باطلة[1] إذ الظاهر أنه يريد ولداً موجودا.

وإن كان له ولد حين الإيصاء كانت الوصية للموجود علم الموصي بوجوده أم لم يعلم؛ إذ الظاهر أنه يريد الموجود، وقد أمكن إعمال هذه الإرادة، وبناء على ذلك فالحكم في الحال الأولى كالحكم في حال الإيصاء لموجود ومعدوم فقبل وجود المعدوم لا يكون للموجود إلا حصته من الغلة وتكون حصة المعدوم منها لورثة الموصي حتى إذا وجد لفلان ولد شارك الموجود في الغلة حتى إذا تحقق اليأس من وجود ولد آخر قسم الموصى به بين زيد وأولاد خالد قسمة نهائية.

---

(١) المدونة جـ١٥ ص ٧٢، ٧٣ من كتاب الوصية الثاني.



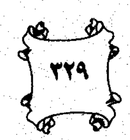
وفي الحال الثانية لا يكون لزيد إلا حصته وتبطل الوصية في حصة ولد خالد فترد إلى التركة ويحاص بها الورثة لما قدمنا من قصد المشاركة البادية من الموصي.

وفي الحال الثالثة يشترك زيد مع الموجود من ولد خالد.

ومما تقدم يتضح أن ما اتفق فيه الحنفية والمالكية هو ما تبطل فيه الوصية بعد صحتها بسبب طارئ وإن اختلفوا فيما يعد صحيحا منها وما لا يعد صحيحا على ما شرحناه فيما سبق، أما ما عداه فمحل خلاف بينهم على ما بيناه.

أما الشافعية فذهبوا إلى أن الموصي إذا أوصى لاثنين فأكثر فبطلت الوصية لأحدهم فإن من صحت وصيته لا يستقل بجميع الموصى به لأن الموصي لم يوص به له وحده وإنما يستحق ما جعله له الموصي من ذلك ويرجع ما خص الذي بطلت وصيته إلى ورثة الموصي. ففي الينابيع أوصى لزيد وجبريل بطلت وصيته في النصف كما لو أوصى لابن زيد وابن عمرو ولم يكن لعمرو ولد - وفي وجه آخر يكون للموجود منهما الكل وذكره من لا يملك لغو وهذا الوجه هو ما ذهب إليه الحنفية.

وفي التحفة لو أوصى لزيد وجبريل أو لجدار ونحوه مما لا يوصف بالملك فلزيد النصف وبطلت في الباقي، وذكر ابن قدامة في مغنيه مسألة الوصية بثلثه لاثنين حي وميت، وروى فيها مذهبين أحدهما أن للحيّ النصف فقط وثانيهما أن له الكل وذلك عند ذكرهما بطريق عطف أحدهما على الآخر. أما إذا قال بين فلان وفلان فللحي النصف قولا واحدا، قال وعن الشافعي مثل هذين المذهبين فدل هذا على أن ما ذكره صاحب الينابيع وجها هو قول آخر للشافعي يتفق مع ما ذهب إليه الحنفية.



وإذا كان عنوان الموصى له يقع على متعدد كما يقع على واحد كان للموجود الكل فإذا أوصى شخص بالثلث لحمل فلانة فأتت بولدين حيين اشتركا في الثلث بالسوية، وإذا كان أحدهما ميتا كان للحي جميع الثلث في الأصح لأن الميت حينئذ كالمعدوم واسم الحمل يقع على الواحد فكانت الوصية لمن ولد حيا لانطباق العنوان عليه وليس هذا محل خلاف بينهم وبين الحنفية. ويؤخذ من هذه الفروع ما يأتي:

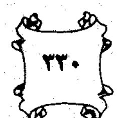
١- أنه لو أوصى لمن تصح له الوصية ومن لا تصح له وكان عنوان الموصى له يصدق على من تصح له الوصية وحده كانت الوصية كلها له كما في مسألة الحمل - ويمكن أن يقاس عليها ما لو أوصى لأولاد فلان وهم يوم الوصية سبعة لم يسمهم فمات بعضهم قبل وفاة الموصي حتى كانوا يوم الموت خمسة فإن الوصية تكون جميعها لخمسة ولا يبطل منها ما كان يخص الميت منهم لو بقي، وذلك لأن العبرة عند الشافعية في الموصى له الموصوف الذي يحصى إنما هي وجوده عند موت الموصي كما قدمت[1] وإلى هذا ذهب الحنفية أيضا.

٢- إذا أوصى لهما وكان عنوان الموصى له لا يصدق على من صحت له الوصية وحده صحت الوصية له في حصته فقط وبطلت في حصة من لم تصح له الوصية، وهذا هو الأصح من مذهب الشافعية لا فرق بين أن يكون الإيجاب قد صدر صحيحا ثم بطل أو صدر باطلا ابتداء والحنفية يخالفون في الحال الأخيرة فيجعلون الكل الباقي.

أما الحنابلة فحاصل مذهبهم ما يأتي:

١- إذا أوصى لمتعدد وعين لكل نصيبه في الموصى به لم يستحق كل أكثر مما أوصى له به سواء أصحت الوصية لغيره أم لم تصح بطلت الوصية له بعد صحتها لسبب من الأسباب أم لم تبطل؛ وهذا لاخلاف فيه لأحد من الفقهاء.

(١) راجع ص ١٤٣، ١٤٤ من هذا الكتاب.



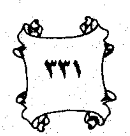
٢- إذا أوصى لأكثر من واحد بعبارة واحدة وصح الإيجاب بالنسبة للجميع ثم بطلت الوصية لأحدهم بسبب رده الوصية أو لموته قبل موت الموصي فتحت ذلك صورتان: الأولى أن يصدق عنوان الموصى له على من بقي كما إذا أوصى لأولاد فلان ولم يعينهم فمات بعضهم قبل موت الموصي أو رد بعضهم الوصية بعد موت الموصي أو قتل بعضهم الموصي ففي بطلانها بسبب قبل موت الموصي كوفاة الموصى له أو قتله الموصي يكون الموصى به جميعه للباقي لأن العبرة بوجود الموصى له عند موت الموصي في هذه الحال كما تقدم(١)، وهذا ما يتفق مع مذهب الحنفية.

وفي بطلانها بسبب بعد موت الموصي لرد الموصى له الوصية فالظاهر أنه لا يكون للباقي إلا حصته وتبطل الوصية في حصة من رد فتكون لورثة الموصي لأن العبرة في تعيين الموصى لهم في هذه الحال كما قدمنا بوقت الوفاة. وعند الوفاة كانت الوصية صحيحة بالنسبة للجميع فانقسمت عليهم فإذا رد أحدهم الوصية فإنما ردها في حصته فيقتصر عليها وتبطل فيها ولا ترد إلى الباقي منهم، هذا أيضا محل اتفاق بين الحنفية والحنابلة.

الصورة الثانية: ألا ينطبق عنوان الموصى لهم على الباقي كما إذا أوصى لزيد وعمرو مثلا فإذا أحدهما ميت عند الإيصاء فإنه لا يكون للباقي إلا حصته منها فيكون لزيد الحي نصف الوصية وهو مذهب الشافعية سواء علم الموصي بموت عمرو أم جهله وسواء قال ثلثي وصية بينهما أم لم يقل، وعن أبي الخطاب من الحنابلة: عندي أنه إذا علمه ميتا فالموصى به كله للحي وإن لم يعلمه ميتا لم يكن للحي إلى النصف. نقل ذلك صاحب المغني وصاحب كشاف القناع - وفي الفروع لو أوصى لحي وميت فنصفه للحي وقيل كله له إذا كان يعلم بموت الميت ما لم يقل بينهما كالمنصوص عليه في الوصية لزيد

---

(١) راجع كشاف القناع جـ٢ ص ٥٠٢ عند قوله وكل موضع صح فيه الرد بطلت الوصية فيه ويرجع الموصى به إلى الورثة.



وجبريل أو له وللحائط. وعند الحنفية الموصى به كله للحي علم الموصي بموته أم لم يعلم.

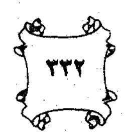
وقد أفادت عبارة الفروع أن الوصية لزيد وللحائط أو له ولجبريل تكون كلها لزيد ويلغو ذكر الحائط، وأن الوصية لزيد وعمرو، وعمرو ميت يكون نصفها لزيد وتبطل في نصف عمرو إن لم يعلم الموصي بموت عمرو، فإن علم بموته كانت الوصية كلها لزيد إن لم يقل بينهما، وإلا كان له النصف فقط وإذن يكون هذا بيانا لما نقل عن أبي الخطاب مطلقا غير مقيد بعدم ذكر كلمة بين وما يجري مجراها في الدلالة.

وإذا كانت الوصية لزيد وللحائط كانت الوصية كلها لزيد - ومثلها في الحكم الوصية لزيد ولجبريل ونحوه، ولعل أبا الخطاب قد قاس الوصية لميت يعلم الموصي موته على الوصية للحائط من جهة عدم صحتها في الحالين في زعمه، فكان ذكر الوصية لهما لغوا من القول. أما الجمهور فقد فرقوا بين الوصية للحائط والوصية لميت يعلم الموصي موته إذ جعلوا الكل لغير الحائط وجعلوا النصف للحي. وأبطلوها في النصف مع تساويهما في بطلان الإيجاب لهما.

أما إذا أوصى لزيد وعمرو بعبارة واحدة فمات أحدهما بعد الإنجاب وقبل موت الموصي فليس للحي إلا النصف لا نعلم في ذلك خلافا. وكذلك الحكم إذا رد أحدهما الوصية بعد الموت. أما إذا أوصى لأحدهما بالثلث مثلا ثم أوصى به لآخر فبطلت وصية أحدهما ولو برده بعد موت الموصي كان الثلث جميعه للآخر لزوال مزاحمة الراد له[1].

ونتيجة ذلك أن الحنابلة يتفقون مع الشافعية والمالكية والحنفية فيما يبطل بعد صحته من الوصايا فلا يجعلون لمن صحت وصيته إلا حصته، وتكون حصة من لم تصح وصيته للورثة أما فيما صدر باطلا كالحجر ونحوه فإنهم

(١) راجع كشاف القناع جـ٢ ص ٥٠٢ وما بعدها، ص ٥١٥ وما بعدها.



يتفقون مع الحنفية ومع ما استظهرناه من مذهب المالكية في أن الموصى به يكون كله لمن صحت الوصية له ويكون ذكر الحجر ونحوه لغوا من القول.

أما الوصية لاثنين أحدهما ميت فإن علمه الموصي ميتا كان الموصى به كله للحي عندهم وعند الحنفية خلافا للشافعية، والمالكية. وإن لم يعلمه ميتا فكذلك الحكم عند جمهور الحنابلة وهو الحكم عند الحنفية خلافا للشافعية والمالكية كما تقدم، وذهب أبو الخطاب إلى أن الحي لا يكون له إلا النصف وهو مذهب الشافعية والمالكية.

هذه مذاهب الفقهاء فلننتقل إلى ما ذهب إليه قانون الوصية.

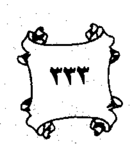
جاء في المادة ٣٣ أنه إذا كانت الوصية للمعينين عاد إلى تركة الموصي ما أوصى به لمن كان غير أهل للوصية حين الوفاة.

وجاء في المادة ٣٤ أنه إذا بطلت الوصية لمعين أو لجماعة عاد إلى تركة الميت ما أوصى به إليهم، ويحاص الورثة أرباب الوصايا الأخرى الباقية إذا ضاق عنها محل الوصية.

وكان العمل قبل صدور قانون الوصية عند ما تكون الوصية لمعينين جاريا على مذهب الحنفية وهو ما بينته المادة ٥٥٠ من كتاب الأحوال الشخصية لقدري باشا ونصها:

«إذا أوصى بالثلث لاثنين معينين من أهل الاستحقاق وكان أحدهما ميتا أو معدوما وقت الإيجاب فلا يستحق شيئا والثلث كله للحي أو للموجود، فإذا مات أحدهما قبل موت الموصي أو خرج لفقد شرط ما بعد صحة الإيجاب يخرج بحصته ولا يستحق الآخر إلا نصف الثلث منه، وكذا إذا جعله بينهما وأحدهما ميت فللحي نصفه، وإذا مات أحد الاثنين بعد موت الموصي فلورثة ذلك الميت حق في حصته.

ولم تتعرض هذه المادة لبيان حكم محاصة الورثة أهل الوصايا الأخرى بما يعود إلى التركة بعد خروج أحد الموصى لهم من الوصية بحصته.



وما ذكرته المادة هو ما تضمنه بياننا لمذهب الحنفية وقد عدل القانون عند مذهب الحنفية في مآل حصة من لم يصح إيجاب الوصية له من الموصى لهم المعينين فلم يجعل الموصى به جميعه للباقي منهم بل رده إلى التركة كالحكم في حصة من صح الإيجاب له ثم بطلت الوصية له بعد ذلك بسبب من الأسباب وصار الباقي من الموصى لهم لا يأخذون إلا حصتهم في الوصية في جميع الأحوال وهو مذهب الشافعي. وبذلك جاءت المادة مطلقة إذ جعلت ما أوصى به لمعين غير أهل للوصية حين الوفاة عائدا إلى تركة الموصي سواء كان غير أهل للوصية من قبل الإيجاب واستمر ذلك إلى وقت الوفاة - أم كان أهلا لها عند الإيجاب ثم صار غير أهل لها وقت الوفاة، إذ آثرت التعبير بقولها: إذا كان غير أهل للوصية عند الوفاة.

ومعنى عودها إلى التركة عودها إلى ورثة الموصي. وإذا عادت إلى ورثة الموصي فإنما يعود إليهم ما كان للموصى له أن يستحقه لو أنه كان أهلا للوصية. وذلك هو ما أوصى له به صراحة ولفظا أو ما يكون له نتيجة المزاحمة والقسمة عند ضيق محل الوصية.

ويلاحظ أن هذه المادة وهي المادة ٣٣ لا تتناول حال رد الوصية من أحد المعينين، كما إذا أوصى لزيد وعمرو وخالد بثلثه، ثم توفي مصرا على ذلك فرد أحدهم الوصية بعد ذلك فإن الوصية له تبطل وإن كان أهلا للوصية عند وفاة الموصي. والحكم في هذه الحال أن حصته تكون لورثة الموصي يحاصون بها أرباب الوصايا الباقية إذا ضاق عنها محل الوصية.

ذلك ما تضمنته المادة ٣٤ ونصها:

إذا بطلت الوصية لمعين أو لجماعة عاد إلى تركة الميت ما أوصى به إليهم ويحاص الورثة أرباب الوصايا الباقية إذا ضاق عنها محل الوصية.

ويلاحظ أن مشروع قانون الوصية يجعل الوصية في حصة الراد كأن لم تكن، ومؤدى ذلك أنه وإن كان مردها إلى التركة إلا أنه لا يحاص بها، بخلاف ما إذا كان الحكم أن حصته تكون لورثة الموصي فإن مقتضاه أنهم



يحاصون بها - وما ذهب إليه المشروع هو ظاهر مذهب الحنابلة، وسنعود لهذه المادة عند الكلام على الوصايا المشتركة بين معين وجماعة وجهة أو بين نوعين فأكثر. وليس يفوتنا أن ننبه إلى أن المادتين ٣٣ و ٣٤ متداخلتان إحداهما في الأخرى وأن المادة ٣٤ تغني عن المادة ٣٣ كما هو بين واضح لأن من لا يكون أهلا للوصية عند الوفاة تكون الوصية له باطلة.

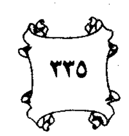
وسيان في الحكم عند الوصية لمعينين متعددين أن يكونوا جميعا من نوع واحد أو من عدة أنواع كالوصية لزيد ولجهة معينة كالصرف على المساجد ولشخص معنوي.

الوصية لغير معين:

غير المعين إما محصور وإما غير محصور، وبعبارة أخرى غير المعين إما أن يكون مما يحصى وإما أن يكون مما لا يحصى، وقد بينا فيما سبق حد الإحصاء والخلاف فيه فارجع إليه.

الوصية لموصوف محصور:

ذكرنا فيما سبق أنه إذا أوصى لموصوف وهو مما يحصى ولم يعين تعيينا شخصيا بأن عرف بوصفه ولم يذكر باسمه ولا بما يقوم مقام ذلك اشترط لصحة الوصية وجوده عند موت الموصي، ولا عبرة بوقت الإيصاء عند الحنفية، كما ذكرنا آراء المالكية والشافعية والحنابلة في ذلك وخلافهم للحنفية. وبينا من يستحق الموصى به بناء على هذه الآراء، وأنه يكون للموجود عند الوفاة لا لغيره في رأي الحنفية ورأي للشافعية، وللموجود عند الوصية فقط إذا استمر وجوده إلى وقت الوفاة في رأي الحنابلة، وهو المشهور عند الشافعية، وهو رأي عند المالكية. ولمن حضر القسمة وإن وجد بعد الوفاة وهو رأي عند المالكية ذهب إليه ابن القاسم، وإليه ذهب القانون في المادة ٦ فقرة أخيرة. كما بينا من يستحق الموصى به بناء على هذه الآراء فارجع إلى ذلك.



وقد علمنا فيما سبق أن القانون قد اختار في الوصية لموصوف يحصى كالوصية لأولاد فلان أو لفقراء الأسرة أو لطلبة العلم من أهل البيت أو للمرضى من أولاد فلان أن العبرة بوقت القسمة ولا عبرة بوقت الوصية ولا بوقت الموت، فقد جاء في الفقرة الأخيرة من المادة ٦ :

فإن لم يكن «الموصى له» معينا لا يشترط أن يكون موجودا عند الوصية ولا وقت الموت وذلك مع مراعاة ما نص عليه في المادة ٢٠ «الخاصة بقبول الموصى له الوصية» ومع ملاحظة ما جاء في المادة ٧٠ من أن الوصية بالمرتبات لا تصح لغير الموجودين وقت موت الموصي من الطبقتين الأولين من الموصى لهم. كما سيأتي بيان ذلك.

وهذا الحكم مستمد من مذهب المالكية، غير أننا قد أشرنا فيما سبق إلى ما ذهب إليه المالكية من أنه إذا أوصى شخص لولد فلان ولا ولد له ولا حمل حين الوصية وهو يعلم ذلك فإن الموصى به يكون لكل من يولد لفلان يستوى فيه ذكرهم وأنثاهم فلا يختص به أحد منهم.

أما إذا لم يكن يعلم ذلك فإن الوصية تكون باطلة؛ إذ الظاهر من عبارته أنه يريد أن يوصي للموجود من أولاد فلان، فإذا تبين أن لا ولد له حين الإيصاء بطلت الوصية.

أما إذا كان لفلان ولد عند الإيصاء فإن الوصية تصح علم بذلك الموصي أم لم يعلم، واختص بها من كان موجودا عند الإيصاء - ومن الظاهر أن الموصى له في مثل هذه الصورة موصوف يحصى يتأتي فيه أن يعلم الموصي وجوده أو عدم وجوده فهل هذا هو الحكم في كل وصية من هذا القبيل فتصح الوصية لمن سيوجد من الموصى له إذا كان يعلم بعدم وجوده. أما إذا علم بذلك فإنها تكون باطلة، ويختص بها الموجود عند الوصية إذا كان موجودا؟

ذلك ما لم أعثر عليه فيما بين يدي من كتب المالكية فلينظر رأيهم في ذلك. ومن الظاهر أن القانون حين أطلق في المادة ٢٦ فذكر أن الوصية تصح



للمعدوم ولما يشتمل الموجود والمعدوم ممن يحصون إلى آخر المادة قد خالف هذا الحكم في مثل هذه الحالة على الأقل؛ إذ لم يشترط في صحة الوصية للمعدوم أن يكون الموصي عالما بعدمه، أما إذا كان لا يعلم بعدمه فإن الوصية تكون باطلة.

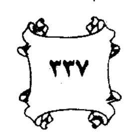
وفي تصحيحه الوصية للمعدوم عند عدم العلم بعدمه في مثل هذه الصور قد اختار رأيا لم نعثر على قائل به من المالكية، ولم تشر المذكرة الإيضاحية إلى ذلك بل أطلقت القول، فذكرت أن أحكام هذه المادة مستمدة من مذهب المالكية.

وبناء على ما ذكر، إذا أوصى شخص لأولاد فلان أو لفقراء أسرته ثم توفي مصرا على وصيته وكان لفلان أولاد عند وفاته أو في أسرته فقراء عند ذلك فإن كانت الوصية بمنفعة كانت لهم جميعا على الوضع الذي بينه الموصي في وصيته من التسوية بينهم أو التفاضل، وإذا كان الموجود واحدا انفرد بها إلا إذا دلت عبارة الوصية على خلاف ذلك فلا يكون له منها إلا ما تدل عليه العبارة، وكلما وجد بعد ذلك أحد منهم شارك الموجود فيما يدركه من المنفعة وهكذا إلى أن ينقرضوا فتكون المنفعة لمن أوصى بها الموصى لهم بعد انقراضهم إن كان قد أوصى بذلك، وإلا كانت لورثته تبعا لرقبتها.

وإن كانت الوصية بعين كانت منفعتها وثمراتها للموجود منهم، وكلما وجد أحد منهم بعد ذلك شارك الموجود وهكذا إلى اليأس من زيادتهم، فعند ذلك تقسم العين بينهم، وذلك مع مراعاة ما شرطه الموصي من التسوية بينهم أو التفاضل.

وإن لم يكن عند وفاة الموصي أحد منهم في الحالين كانت الغلة لورثة الموصي إلى أن يوجد أحد منهم فتكون له الغلة، وهكذا إلى آخر ما شرحناه في الوصية للمعدوم. وهذا كله كما قدمنا مستمد من مذهب المالكية.

وإذا كان عنوان الموصى لهم في هذه الحال ينطبق على من يبقى منهم أهلا للوصية وقت وفاة الموصي ولم يعينوا بأسمائهم كان جميع ما أوصى



مستحقا للآخرين سواء كانت عدم أهليته من وقت الإيجاب بالوصية أم طرأ بعد الإيجاب بسبب من الأسباب. وعلى ذلك إذا أوصى شخص لأولاد فلان إذا كانوا فقراء أو طلبة علم فتوفي الموصي ولفلان أولاد فقراء وأولاد أغنياء وأولاد يطلبون العلم وآخرون لا يطلبون العلم كان الموصى به جميعه للفقراء منهم أو لطلبة العلم منهم ولو كان واحدا، وذلك لانطباق عنوان الموصى له على الباقين وإرادة الجنس منهم، وكذلك إذا أوصى لأولاد فلان ولم يعينهم وله من الأولاد سبعة فتوفي الموصي وليس لفلان إلا خمسة كان الموصى به جميعه للخمسة لانطباق عنوان الموصى له عليهم، وكذا الحكم إذا أوصى لأولاد فلان فقتله واحد منهم. وهذا ما بين في المادة ٣١ من القانون.

ويلاحظ أن هذه المادة لا تتناول ما إذا أوصى لأولاد فلان فرد أحدهم الوصية بعد وفاة الموصي؛ لأن هذا الراد كان أهلا للوصية عند الوفاة، والحكم في ذلك عند الحنفية أن حصة الراد منهم ترد إلى تركة الموصي، ولا تكون لباقي الموصى لهم، ففي كتاب الوقف لهلال إذا قال: أوصيت بثلث مالي لولد عبد الله وكان يوم مات الموصي أربعة فأبى واحد منهم أن يقبل الوصية كانت حصته لورثة الميت، ومثل ذلك جاء في أوقاف الخصاف ولم يشر فيهما إلى خلاف، والمفهوم أن هذا إذا ما كانت الوصية بعين، أما في الوصية بالمنفعة فالحكم فيها أن الباقي من الموصى لهم يستقل بها لانطباق الوصف عليهم كما في الوقف. ولكن الحكم في ذلك على ما ذهب إليه القانون لا يختلف عن الحكم فيما سبق، وهو أن الموصى به جميعه يكون للباقي من الموصى لهم وهو الموجود وقت القسمة. لانطباق عنوان الموصى لهم عليه وثبوت وصفه له وقد جعل الموصى به لكل من يطلق عليهم هذا العنوان دون أن يكون لكل فرد منهم مقدار ثابت، ذلك لما أشرنا إليه فيما سبق من أن المالكية في الوصية لمن يحصى قولان: أحدهما أنهم في الحكم مثل من لا يحصى وأن العبرة فيهم بمن كان موجودا وقت القسم ولا عبرة بمن مات قبله، وأن من يوجد بعد موت الموصي وقبل القسم يدخل فيها وإن ولد بعد موت الموصي، وهو مذهب ابن القاسم الوارد في المدونة، وقد نقل فيها

عن مالك أنه قال في ذلك إنما يكون الثلث لمن أدرك القسم منهم ولا يلتفت إلى من مات منهم بعد موت الموصي قبل أن يقسم المال.

وكذلك نقل عن ابن القاسم أنه قال: إنما يقسم على من أدرك القسم وأما من لم يدرك القسم فلا حق له.

ويظهر من هذا أن من خرج من الوصية قبل القسمة بسبب رده إياها فلا حق له في القسمة وإذن يكون الموصى به لمن أدرك القسمة وهو مستحق.

وهذا الرأي هو ما أخذ به القانون إذ نص في المادة ٦ على أن الموصى له إذا لم يكن معينا لا يشترط لصحة الوصية له أن يكون موجودا عند الوصية ولا وقت موت الموصي. وإذا لم يشترط وجود في الحالين اكتفى بوجوده وقت القسم. وقد جاء ذلك مطلقا فانطبق على الغير المعين ممن يحصى وعلى غير المعين ممن لا يحصى. وعلى ذلك يكون نصيب الراد في نظر القانون للباقي من الموصى لهم في هذه الحال، أما القول الثاني فيقضي بأن الوصية لغير المعين الذي يحصى حكمها حكم الوصية لمعين، وعلى هذا القول يكون نصيب من يرد منهم الوصية بعد وفاة الموصي لورثة الموصي لأن رده كان بعد أن دخل في الوصية وشارك الموجودين فلا يزداد نصيبهم برده. وهذا كما هو ظاهر إنما يتأتى في الوصية بالأعيان. أما إذا كانت الوصية بمنفعة فإن الباقي يستقل بالمنفعة الموصى بها جميعها؛ لأن الورثة إنما ورثوا العين مسلوبة المنفعة إذ جعلت لغيرهم فلا يستحقونها إلا بانقراضهم.

أما إذا مات أحدهم بعد استحقاقه بقبوله الوصية فإن كانت الوصية بعين كانت حصته منها لورثته ميراثا عنه وإن كانت بمنفعة كانت للباقي منهم لانطباق العنوان على الباقي وعدم وراثة المنافع، ولا ترد المنفعة إلى ورثة الموصي إلا بعد انتهاء الوصية بانقراض الموصى لهم؛ إذ صارت المنفعة ملكا لهم بالوصية.

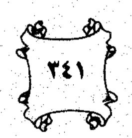


هذا، ولما كان الموصى لهم من هذا النوع منهم من يكون موجودا عند الوفاة، ومنهم من يوجد بعد ذلك كما مثلنا فيما تقدم، كما قد يكون الموصى به لهم منفعة؛ فقد نص القانون في المادة ٣١ الخاصة بهذا الموضوع على وجوب ملاحظة الأحكام التي تضمنتها المواد ٢٦، ٢٧، ٢٨، ٢٩ وقد راعينا ذلك في تطبيقنا السابق وبياننا لحكم هذه الحال.

هذا، ومن صور هذا النوع من الوصايا: أن تكون الوصية لذرية فلان ونحو ذلك مما يتناول طبقات عديدة سواء رتب الموصي بين الطبقات بأن قال: أوصيت لأولاد فلان، ثم لأولاد أولاده، ثم لأولاد أولاد أولاده، أم لم يرتب فقال: أوصيت لذريته وأولاده، وأولاد أولاده، وأولاد أولاد أولاده. وقد يكون الموصى به في هذه الحال عينا من الأعيان فالموصي به إنما يكون لمن كان موجودا منهم عند الوفاة إن كان مما يحصى. ذهب إلى ذلك الحنفية والشافعبة والحنابلة على ما بينا سابقا في الوصية لموصوف محصور، أما عند المالكية فهو للموجود منهم عند الإيصاء على رأي، وعند القسمة على رأي آخر أشرنا إليهما فيما سبق، ويراعى في ذلك قسمة الغلة على من يكون موجودا عند الوفاة من الموصى لهم على أن يشاركهم فيها جميع من يوجد منهم بعد ذلك إلى أن يتحقق اليأس فتقسم العين بينهم بعد ذلك على ما شرحناه في المواد ٢٦، ٢٧، ٢٨ وإن كان الموصى له مما لا يحصى فقد علمت أن الحنفية يشترطون لصحة الوصية في هذه الحال أن يكون عنوان الموصى له مما ينبئ عن الحاجة وضعا أو عرفا وإلا كانت باطلة، وليس في ذكر الأولاد والذرية ما ينبئ عن الحاجة.

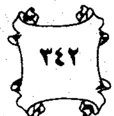
أما الشافعية والحنابلة فقد ذكرنا فيما سبق أنهم لا يشترطون ذلك، وأن الموصى به يكون لمن يوجد حين القسمة، وكذلك لم يشترط المالكية ذلك، وأن القسمة بينهم تكون للأحوج منهم كما سيأتي بيان ذلك في حكم الوصية لموصوف لا يحصى.

وقد علمت أن قانون الوصية قد اختار من هذه المذاهب رأي المالكية القاضي بأن العبرة بوقت القسمة على ما بيناه، وعلى ذلك لا يتصور ترتيب بين الطبقات عند الإيصاء بالعين، إذ لا ينتقل ملك العين من طبقة إلى من يليها.



وإذا كان الموصى به منفعة عين من الأعيان وكان الموصى له موصوفا محصورا فلا يختلف الحكم فيه عند المذاهب الأربعة عن الحكم عند الإيصاء بعين، غير أن القانون اختار لهذه الحال حكما ملفقا فأبطل الوصية في حاله عملا برأي ابن أبي ليلى الذي لا يرى صحة الوصية بالمنفعة مطلقا، وصححها في حال أخرى عملا برأي المالكية. وبين ذلك في المادة ٢٩ ونصها: إذا كانت الوصية بالمنافع لأكثر من طبقتين لا تصح إلا للطبقتين الأوليين، فإذا كانت الوصية مرتبة الطبقات يكون استحقاق الطبقة الثانية عند اليأس من وجود أحد من أهل الطبقة الأولى أو انقراضهم واليأس من وجود غيرهم، مع مراعاة الأحكام الواردة في المادتين السابقتين - وإذا انقرضت الطبقات كانت العين تركة إلا إذا كان قد أوصى بها أو ببعضها لغيرهم.

ولم يبين القانون المراد بالطبقة أيراد بها الجماعة من الناس المشتركون في الاستحقاق أيا كان وضعهم أم يراد بها البطن من ذرية شخص معين، فإذا أوصى شخص لأولاد عمرو ثم من بعدهم لأولاد زيد ثم من بعدهم لأولاد خالد بمنفعة هذه العين، أيعد ذلك وصية لثلاث طبقات يطبق عليها حكم هذه المادة. أم لا يعد مثل ذلك وصية لثلاث طبقات، وإنما الوصية للطبقات الثلاث مثل أن يوصي لأولاد عمرو ثم لأولاد أولاده، ثم لأولاد أولاد أولاده وهكذا، لم يبين القانون مراده بها، والمعروف أن استعمال هذا الاسم ليس معهودا في الوصية، فليس يوجد من الفقهاء من ذكر الوصية للطبقات أو خصها بحكم أو تعرض عن بيانه لأحكام الوصية لبيان معنى الطبقة، وإنما عهد استعمال هذا الاسم عند الباحثين في الوقف، كما عهد استعماله في كتب الواقفين. ويريدون بالطبقة حينئذ المرتبة من مراتب الاستحقاق المتعاقبة فيه، وإن شئت قلت أهل هذه المرتبة تعددوا أم لا، عينوا بالاسم أو الوصف، كان بينهم توالد أم لا. انتهوا إلى أصل يجمعهم أم لا، فلو وقف على زيد ثم على عمرو ثم على خالد كان كل من زيد وعمرو وخالد طبقة ولو وقف على أولاده ثم على أولادهم كان أولاده طبقة وأولاده طبقة وأولاد أولاده طبقة ولو وقف على أولاده وأولادهم ثم على ذريتهم كان البطنان الأولان



طبقة وكان من يليهم من الذرية طبقة، هذا هو عرف الواقفين ومن بحثوا في الوقف. ولكن قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ قد خالف هذا العرف في حالين فقط:

أحدهما أنه اعتبر جميع الموقوف عليهم المعينين بالاسم طبقة واحدة رتب الوقف بينهم في الاستحقاق أم لم يرتب، فلو وقف على زيد ثم على عمرو ثم على خالد ثم على أولادهم كان زيد وعمرو وخالد طبقة واحدة خلافا للعرف السابق وكان أولادهم طبقة أخرى.

وثانيهما إذا كان الموقوف عليهم قد عينوا بالوصف وكان بينهم توالد سواء أشرك الواقف بينهم جميعا في الاستحقاق لا فرق بين بطن وآخر، أم رتب بينهم بأن رتب بين بطونهم أو رتب بين بطنين مثلا منهم وبين آخرين منهم أو من غيرهم، ونحو ذلك، اعتبر كل بطن ولو كان مشتركا مع غيره في الاستحقاق طبقة في حق جواز الوقف. فلا يصح الوقف إلا على طبقتين منهم طبقا للفقرتين الثانية والثالثة من م ٥ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ اللتين ألغيتا بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢.

وعلى ذلك إذا وقف على جميع ذريته ونسله اعتبر أولاده طبقة وأولادهم طبقة ثانية وصح الوقف عليهم فقط، وكذا يكون الحكم إذا وقف على أولاده وأولاد أولاده ثم على غيرهم أو وقف على أولاده ثم على غيرهم. أوقف على أولاده ثم على أولاد أولاده ثم على غيرهم، وإذا وقف على أولاده ثم على أولاد أخيه أو على أولاد زيد كان أولاده طبقة وأولاده طبقة وأولاد أخيه وأولاد زيد طبقة أخرى، وإذا وقف على أولاده وعلى أولاد صديق له كان ذلك وقفا على بطن من ذريته وبطن من ذرية صديقه واعتبر البطنان طبقة واحدة، إذ ليس بينهما توالد بناء على عرف الفقهاء، وإذا رتب بينهم بثم مثلا اعتبر كل بطن طبقة، وإذا وقف على أولاده وأولاد أخيه كان هؤلاء جميعا بطنا واحدا لانتسابهم إلى جد واحد فهم بطن من بطونه.

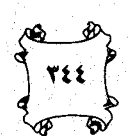


ذلك عرف الفقهاء وما ذهب إليه قانون الوقف في خلافه لهذا العرف واتفاقه معه.

وقد استعمل قانون الوصية هذا الاسم فذكر أن الوصية بالمنافع لأكثر من طبقتين لا تصح إلا للطبقتين الأوليين رتب الموصي بين الطبقات أم لا. فهل يريد بالطبقة معناها في عرف الواقفين ومن بحث في الوقف من الفقهاء أم يريد بها ما ذهب إليه قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦؟ لم يبين القانون مراده ولم تشر المذكرة الإيضاحية إلى ما يفصح عن مراده وإن كانت عند ضربها الأمثلة لم تأت إلا بالوصية لذرية الموصي. ولكن هذا لا يكفي دليلا على إرادة معنى معين.

والذي يقتضيه المنطق أن المعنى الذي ذهب إليه قانون الوقف عرف خاص به ابتدعه وبنى عليه أحكامه التي استمدها من مذاهب مختلفة متعددة، وأن العرف الخاص لا يجوز الاستناد إليه في قانون آخر لغير الوقف من غير نص فيه يفيد ذلك. وأن المعنى المعروف في الوقف لهذا الاسم هو المعنى الأصلي له لأنه معناه في مجاله الذي استعمل فيه ورتبت عليه أحكامه، ومن هذا المجال استعير هذا الاسم واستعمل في قانون الوصية، وعلى ذلك فيكون الظاهر البادي أنه لا يراد بالطبقة في المادة ٢٩ من قانون الوصية ما يريده الباحثون في أحكام الوقف وإذا ترتب على ذلك ضرب من عدم التناسق بين ما ذهب إليه قانون الوقف المذكور الذي ألغيت أكثر أحكامه وبين قانون الوصية، فإنه على هذا الأساس إذا أوصى شخص بمنفعة عين لزيد ثم لعمرو ثم لخالد صحت الوصية لزيد وعمرو فقط وبطلت لخالد باعتباره طبقة ثالثة، بينما يعتبر الثلاثة طبقة واحدة على ما ذهب إليه قانون الوقف المذكور.

ولكن يلاحظ مع هذا أن أسلوب المادة ٢٩ المذكورة لا يساعد على إرادة العرف الفقهي بجميع أجزائه؛ ذلك لأن أسلوبها يقضي بأن الوصية بالمنافع لأكثر من طبقتين لا تصح إلا للطبقتين الأوليين وأن الوصية عندما تكون في هذه الحال مرتبة الطبقات يكون استحقاق الطبقة الثانية عند اليأس من وجود

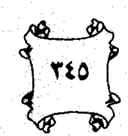


أحد من أهل الطبقة الأولى، ومقتضى ذلك أن الإيصاء في هذه الحال له صورتان: صورة لا ترتيب فيها بين الطبقات وصورة يرتب فيها بين الطبقات، في حين أن العرف الفقهي يقضي بأن الطبقة اسم لأهل مرتبة من مراتب الاستحقاق المتعاقبة فيه وذلك إنما يكون عند الترتيب بين الطبقات. أما عند عدمه فإنه إذا صح إطلاق اسم طبقة عندئذ فإنما تطلق على جميع المستحقين فعلا وإن كانوا مكونين من عدة بطون.

وعلى ذلك يرى أن عبارة المادة تفيد أن المراد بالطبقة فيها البطن من الذرية حتى يتحقق الإيصاء إلى عدة بطون مشتركة في الوصية وعند ذلك لا تصح إلا للبطنين الأولين، وإنما يتحقق ذلك عندما تكون الوصية بالمنفعة لذرية شخص واحد.

وأما إذا كانت لبطن من ذرية شخص مع بطون أخرى من ذرية أشخاص آخرين: كأن يوصي شخص لأولاد زيد وأولاد عمرو وأولاد خالد فإن الوصية حينئذ تكون لثلاثة بطون من ذريات مختلفة، وعندئذ لا يمكن أن يوصف أحدها بأنه أول أو ثان بالنسبة للبطون الأخرى المشتركة معه. وبناء عليه فإن الوصية تصح للبطون الثلاثة أو الأربعة المشتركة، كما تصح لمن يوصى لهم بعدهم باعتباره طبقة ثانية أوصى لها بعد طبقة أولى. وبناء على ذلك يتفرع ما يأتي:

أولا: إذا كان بين الموصى لهم توالد اعتبرت البطون وعد كل بطن طبقة وصحت للبطنين الأولين باعتبارهما طبقتين، وذلك مثل أن يوصي شخص بمنفعة داره لأولاده وذريته، أو أن يوصي لأولاده وأولاد أولاده، ثم لأولاد أولاد أولاده فتصح الوصية في الحالين لأولاده ولأولاد أولاده ولا تصح لمن يليهم من البطون - وفي حال الترتيب لا يستحق أحد من البطن الثاني إلا عند اليأس من وجود أحد من البطن الأول وانقراضهم واليأس من وجود غيرهم، وهذا يتفق وما ذهب إليه قانون الوقف وما دل عليه أسلوب المادة ٢٩ من قانون الوصية.



ثانيا: إذا لم يكن بين الموصى لهم توالد اعتبر الترتيب في تمييز الطبقات فيعد أهل كل مرتبة من المراتب المتعاقبة في الاستحقاق طبقة، فإذا كانت الوصية لأولاد زيد وأولاد عمرو وأولاد خالد ثم من بعدهم لأولادهم ثم من بعدهم لأولاد أولادهم، أو كانت لهؤلاء الثلاثة مجتمعين، ثم بعدهم لخالد ثم بعد خالد لزيد فإنه يعتبر أولاد هؤلاء الثلاثة طبقة واحدة أولى وإن كانوا ثلاثة بطون من ذريات مختلفة؛ إذ لا توالد بينهم ويعتبر أولادهم طبقة ثانية وكذلك يعد خالد في المثال الثاني طبقة ثانية فتصح الوصية لهاتين الطبقتين، وتبطل بالنسبة لمن عداهما. اعتمادا على العرف الفقهي.

ثالثا: إذا أوصى لزيد ثم لعمرو ثم لخالد ثم لإبراهيم عد كل من زيد وعمرو وخالد وإبراهيم طبقة وصحت الوصية لزيد وعمرو فقط باعتبارهما الطبقتين الأوليين بناء على العرف الفقهي وبطلت بالنسبة لخالد وإبراهيم. ولا عبرة بما ذهب إليه قانون الوقف من اعتبارهم جميعا طبقة واحدة للسبب الذي بيناه سابقا وهو أنه عرف خاص ليس معنا ما يدل على الأخذ به.

وهكذا لا نأخذ إلا بما هو معروف لمعنى الطبقة فقها مضافا إلى ذلك ما دل عليه أسلوب المادة ٢٩ على ما بينا. هذا: وإذا كانت الحكمة التي دعت المشرع في قانون الوصية إلى القول بعدم صحة الوصية لأكثر من طبقتين هو تجنب الوصول بها إلى زمن تتضاءل فيه حظوظ الموصى لهم تضاؤلا يستوجب عدم عناية الموصى لهم بها وإهمالهم لأمر العين الموصى بمنفعتها وصيرورتها نهبا لمن يقوم عليها فليس يضير ذلك أن تتخلف هذه الحكمة في بعض صور ما دام أنها متحققه في أكثر حالالتها؛ إذ المدار في التشريع على الغالب.

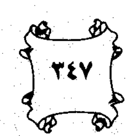
وعلى هذا إذا أوصى إنسان لذريته بمنافع داره فلم يرتب بين بطونهم أو رتب بينهم فقال بطنا بعد بطن أو قال لأولادي ثم لأولادهم ثم لأولاد أولاد أولادهم وهكذا، فلا تصح الوصية إلا لأولاده وأولادهم ولا تصح لمن عداهم من البطون وذلك أخذا برأي ابن أبي ليلى الذي يقضي بعدم صحة الوصية بالمنفعة مطلقا. وإذا صحت للبطنين الأولين أخذا بمذهب مالك فإنه



عند عدم الترتيب بالبطون يستحق المنفعة من يوجد من هذين البطنين عند الوفاة إن وجد أحد منهم وإلا كانت المنفعة للورثة إلى أن يوجد أحد منهم، وكلما وجد أحد منهم شارك الموجود فيما أدرك من المنفعة إلى أن يتحقق اليأس من زيادتهم وعندئذ تنتهي الوصية بانقراضهم جميعا على ما بينا في شرح المواد ٢٦، ٢٧، ٢٨.

وعند الترتيب بين الطبقات لا يستحق المنفعة إلا الطبقة الأولى على الوضع الذي بيناه عند شرحنا المواد ٢٦، ٢٧، ٢٨ ولا يستحق أحد من أفراد الطبقة الثانية إلا عند اليأس من وجود أحد من أهل الطبقة الأولى أو انقراضهم مع اليأس من وجود غيرهم، وعندئذ يكون استحقاق أفراد هذه الطبقة على الوضع الذي شرحناه هناك.

وإذا انقرضت الطبقتان كانت العين الموصي بمنفعتها تركة للموصي يقتسمها ورثته إلا إذا كان قد أوصى بها أو ببعضها لغيرهم، وإذا كان هذا الغير هو الطبقة الثالثة كانت لهم العين وكانت لهم منافعها تبعا لملكيتهم العين لا وصية لهم، وقد عدل عن هذه الأحكام في مشروع قانون الوصية المزمع إصداره؛ وذلك بسبب إلغاء الوقف على الذرية تطبيقا لإلغاء الوقف علي الخيرات بناء على القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٢ والقوانين المعدلة له؛ إذ لم تعد حاجة إلى تنسيق ما بين أحكام الوصية بالمنفعة للذرية والوقف على الذرية بعد إبطال الوقف عليهم، وطبق مذهب مالك الذي اختير علي الوصية بالمنافع لذرية شخص من الأشخاص - فأجاز الوصية بالمنافع لذرية أي شخص من الأشخاص رتب بينها الموصي أم لم يترتب بأن قال: أوصيت بمنافع هذه العين لجميع ذريتي ونحو ذلك دخل في الوصية جميع أفراد الطبقة الأولى سواء منهم من كان موجودا عند وفاة الموصي ومن سيوجد بعد ذلك إلى أن يتحقق اليأس من زيادتهم وينقرضوا، وهذا ما ذهب إليه المالكية في الوصية لموصوف. أما أفراد الطبقات الأخرى التي تلي الأولى فيدخل منهم جميع من كان موجودا عند الوفاة لانطباق اسم الموصى لهم عليهم؛ إذ إنهم من الذرية،



أما من لم يكن موجـودا عند الوفاة وإنما وجد بعدها فـلا يدخل في الوصية. وقد تبع المشروع في ذلك مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة مخالفا فيه مذهب المالكية؛ إذ إنه يقـضي بدخولهم على الرأي الذي اختاره القـانون في الوصية لموصوف محصور.

وإذا رتب بين الطبقات لم يستحق أحد من أفراد الطبـقة الثانية فما يليها إلا عند اليأس من وجود أحد من أهل الطبـقة الأولى أو الطبقة التي تعلوه أو انقراضـهم مع اليأس من وجود غـيرهم مع مـراعاة الأحكام الواردة في المواد السابقة التي شرحناها - وقد أخذ المشروع في ذلك بمذهب مالك.

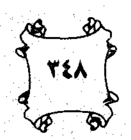
وعند انقراض جميع الطبقات التـالية واليأس من وجود أحد منهم تكون المنفعة الموصى بها تبعا لأصلها إن لم يكن قد أوصى بـها أو ببعضها استقلالا لآخرين.

ولست بحـاجة إلى التـعليق على مـا جـاء في هذا المشروع مـا دام أنه عرضة للتغيير والتعديل.

الوصية لموصوف غير محصور:

إذا عرف الموصى له بالوصـف وكان مما لا يحصى بأن كـان مائة أو زاد عليها - كما قدمنا - كما إذا أوصى لطلبة الأزهر أو أوصى للفقراء أو أوصى لسكان القاهرة - فقـد اشترط الحنفية لصحة الوصـية في هذه الحال أن يكون عنوان الموصى له منبئا عن الحـاجة وضعا كالفقراء والمسـاكين أو عرفا كالزمنى وطلبة العلم، وإلا كانت الوصـية باطلة كما قدمنا. ولم يشـترط هذا الشرط غيرهم من المالكية والشـافعية والحنابلة، بل ذهبوا إلى صحـة هذه الوصية أنبأ العنوان عن الحاجة أم لم ينبئ - وقد بينا ذلك فيما سبق.

والظاهر أن العبرة في كون الموصى لهم ممن يحصون أو ممن لا يحصون إنما يكون بالنظر إليهم وقت مـوت الموصي، إذ إن ذلك هو وقت التمليك في الوصية على العـموم. فإذا كانوا في ذلك الوقت محـصورين ثبت لهم ملك



الموصى به وإلا كان الموصى به لمن حضر القسمة كما سيأتي. وعلى ذلك لا ينظر إلى ذلك وقت الإيصاء إذ قد لا يكون أحد منهم موجودا في هذا الوقت، وفي هذه الحال تكون الوصية لمن يوجد وقت الموت إن كانوا محصورين أو لمن يحضر القسمة منهم إن كانوا غير محصورين على ما بينا من خلاف في ذلك بين الفقهاء عند كلامنا على شروط الموصى له.

وكذلك قدمنا أنه إذا أوصى لموصوف غير محصور وكان العنوان ينبئ عن الحاجة وضعا أو عرفا كالوصية للفقراء أو لليتامى من قبيلة كذا، أو لا ينبئ عن الحاجة كما إذا أوصى لبني فلان أو لقبيلة كذا فإن الموصى به في الصورة الأولى يكون بين الفقراء أو بين اليتامى الفقراء ممن حضر القسمة، ولا تجب التسوية بينهم ولا أن يعمهم العطاء بل يقسم بينهم بالاجتهاد اتفاقا. وفي الصورة الثانية تبطل الوصية عند الحنفية وتصح عند غيرهم ويكون الموصى به بين من حضر قسمته منهم ولا يجب أن يعمهم الإعطاء كما لا تجب التسوية بينهم بل لمنفذ الوصية أن يعطي من شاء منهم وأن يمنع من شاء وأن يفضل بعضهم على بعض ويعطي من حضر ولو كان وجوده بعد موت الموصي. ففي المدونة[1]: قلت أرأيت إن قال ثلث مالي لبني تميم أو ثلث مالي لقيس أتبطل وصيته أو تجيزها في قول مالك؟ قال: هي جائزة في قول مالك. قلت: فلمن تعطى؟. قال على قدر الاجتهاد لأنها نعلم أنه لم يرد أن يعم قيسا كلهم. قال ولقد نزلت بالمدينة أن رجلا أوصى لخولان بوصية فأجازها مالك.

وجاء فيها أيضا[2]: أرأيت إن قال: ثلث مالي لولد فلان وولد ذلك الرجل عشرة ذكور وإناث. قال: الذي سمعت من مالك أنه إذا أوصى بحبس داره أو ثمرة حائطه على ولد رجل أو على ولد ولده أو على بني فلان قال: فإنه يؤثر أهل الحاجة منهم في السكنى (في الدار) والغلة في الثمرة، وأما

---

(١) المدونة جـ٥ ص ٧٤.

(٢) المدونة جـ٥ ص ٧٢.

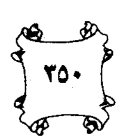


الوصايا فإني لا أقوم على حفظ قول فيها الساعة. إلا أني أراها بينهم بالسوية. ثم جاء فيها بعد ذلك أن سحنون يرى أن الوصية إذا كانت على قوم مجهولين لا تعرف عدتهم لكثرتهم مثل قوله على بني زهرة أو على بني تميم فإن هذه الوصية لم يرد بها قوما بأعيانهم فإن ذلك مما لا يحصى ولا يعرف وإنما ذلك بمنزلة وصيته للمساكين فإنما يكون ذلك لمن حضر القسمة؛ لأنه حين أوصى لبني زهرة أو لبني تميم أو للمساكين قد علم أنه لم يرد يعمهم وقد أراد أن تنفذ وصيته فتكون على من حضر - وفرق بين الوقف والوصية بأن الوقف يستوجب قسمة الغلة إذا حضرت كل عام على مستحقيها وهم إنما يستحقونها بقبضها، فإذا كان الحبس على بني فلان وهم مجهولون علمنا أنه لا يريد أن يعمهم فوجب إيثار أهل الحاجة منهم. أما الوصية لولد فلان أو لأخواله فهي لقوم معروفين لقلتهم وللإحاطة بهم فكانت كالوصية لقوم معينين مسمين بأسمائهم فلذا وجبت التسوية بينهم كما وجب تعميمهم بالإعطاء. وجاء في الحطاب[1]: إن كان الموصى لهم مجهولين غير محصورين كالفقراء والمساكين والغزاة وبني تميم وبني زهرة ونحوهم مما لا يمكن الإحاطة بهم فلا خلاف في أنه لا يلزم تعميمهم ولا التسوية بينهم، بل تقسم بالاجتهاد ويكون لمن حضر القسمة ولا شيء لمن مات قبلها ومن ولد أو قدم قبلها استحق. والذي يؤخذ من نص المدونة إذا أجاز الوصية لبني قيس وأنها تعطى على قدر الاجتهاد أنه يجوز أن يعطى بعضهم ويمنع بعضهم ويفضل بعضهم على بعض في العطاء بدليل قولها لأنا نعلم أنه لم يرد أن يعم قيسا كلهم. وإذا كانت الوصية في هذه الحال لمن حضر قسمة الموصى به فالظاهر أن ذلك الحكم يكون بالنسبة لمن حضر القسمة.

وقد جاء في المدونة أنه عند الوقف على بني فلان أوثر به ذوو الحاجة كما نقلنا عن المدونة آنفا، ويقول سحنون: أما في الوصايا فإني لم أقف على قول مالك فيها الساعة إلا أني أراها بالسوية بينهم.

---

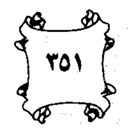
(١) انظر الحطاب جـ ٦ ص ٣٧٥.



وظاهر أن التسوية بينهم إنما تكون فيمن يمكن الإحاطة به لا فيما لا يمكن الإحاطة به. وعلى ذلك يرى أنه عند عدم الإحاطة لا يمكن التسوية بل ولا يمكن التعميم. ولكن هل يقتصر على من حضر القسمة؟ الظاهر أن النص لا يساعد على ذلك إذ لو اقتصر على من حضر القسمة ما كان عندئذ محل للاجتهاد، اللهم إلا في قدر العطاء ولكن إذا لاحظنا أنه في الوقف على من لا يمكن الإحاطة به يجوز عدم التعميم كما نقلنا عن المدونة آنفا، فقياسا على ذلك وعلى ما هو ظاهر كلام الحطاب المنقول آنفا أنه يجوز عدم التعميم بالنسبة لمن حضر القسمة، كما يجوز التفاضل بينهم لأن فيه ضربا من المنع. وأصرح مما تقدم في هذا ما جاء في الشرح الكبير للدردير(1): قال أوصيت لزيد وللفقراء بثلثي مثلا فإنه يجتهد فيما يعطى لزيد من قلة أو كثرة. وقد علق الدسوقي على ذلك بأن الاجتهاد كما يكون في قدر ما يعطاه زيد كذلك يكون في تقديمه في الإعطاء أو تأخيره.

وقد أخذ القانون بجواز الوصية لمن لا يحصون من غير أن يشترط أن يكون عنوانهم دالا على الحاجة وذلك ما ذهب إليه الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد، ولكنه قيد مصرفها بالمحتاج منهم ولم يشترط التعميم ولا التسوية وجعل للمنفذ حق الاختيار والمنع والتفضيل. وكانت النتيجة التي انتهى إليها القانون في طريقة التنفيذ هي ما انتهى إليه الحنفية، ولم يكن فرق بين الأمرين إلا أن الحنفية يشترطون في عنوان الموصى له أن يكون منبئا عن الحاجة، والقانون لم يشترط ذلك جريا على ما ذهب إليه الأئمة الثلاثة. وكأن القانون جعل إقدام الموصي على الوصية لمن لا يحصى وعدم إمكان حصرهم وتعميمهم قرينة دالة على أن الموصي لا يريد التعميم وإذا لم يرد التعميم وجب أن يكون هناك سبيل وطريق إلى الاختيار فكان السبيل إلى ذلك تحري الحاجة لتكون الوصية وصية بمعروف ولهذا شرعت الوصية. وهذا ما دلت عليه المادة ٣٠ من القانون ونصها: تصح الوصية لمن لا يحصون

(1) الشرح الكبير للدردير جـ٤ ص ٣٨٦، ٣٨٧.



ويختص بها المحتاجون منهم ويترك أمر توزيعها بينهم لاجتهاد من له تنفيذ الوصية دون التقيد بالتعميم أو المساواة ومن له تنفيذ الوصية هو الوصي المختار إن كان للتركة وصي مختار عينه الموصي قبل وفاته فإن لم يعين لها وصيا مختارا كان تنفيذ الوصية إلى هيئة التصرفات من المحكمة الابتدائية التي تقع في دائرتها التركة أو الدائرة التي حلت محلها بعد إلغاء المحاكم الشرعية.

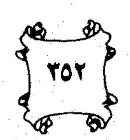
ويظهر لي أنه إذا كان للتركة مصف معين عليها من قبل المحكمة كان تنفيذ الوصية إليه طبقا للمادة ٨٩٨ من القانون المدني الصادر سنة ١٩٤٨.

ومما تقدم يظهر أن القانون قد استمد هذا الحكم من ظاهر مذهب مالك. وإذا كانت الوصية لمن لا يحصون بالمنفعة فإن أبا حنيفة رحمه الله لا يرى صحتها إذا لم تكن مالا كالسكنى والخدمة والركوب خلافا لصاحبيه. جاء في البدائع (جـ٤ ص٣٥٥) ولا تجوز الوصية بسكنى داره أو خدمة عبده أو ظهر فرسه للمساكين في قول أبي حنيفة. ولا بد من أن يكون ذلك لإنسان معلوم، وعندهما تجوز الوصية بذلك كله للمساكين. كذا ذكره الكرخي في مختصره.

وفي الأصل: والوصية بسكنى الدار وخدمة العبد لا تجوز ولم يذكر فيه الخلاف، وإنما ذكره في الوصية بظهر الفرس.

وجه قولهما: أن الوصية للمساكين وصية بطريق الصدقة والصدقة إخراج المال إلى الله سبحانه وهو معلوم؛ ولذا جازت الوصية بالأعيان للمساكين فكذلك الوصية بالمنافع. ولأبي حنيفة أن الموصى له بالمنفعة يلزمه نفقة العين الموصى بمنفعتها؛ إذ لا يستطيع الانتفاع إلا ببقائها ولا بقاء لها بدون المنفعة، ولا يمكن إلزام الورثة بها إذ ليست لهم المنفعة ولا يمكن استغلالها في سبيل الإنفاق عليها إذ في ذلك تغيير للوصية وهو لا يجوز، وهذا المعنى لا يوجد في الوصية بالأعيان ولا في الوصية بالغلة.

ومما تقدم يرى أن الصاحبين يجعلان العين الموصي بمنفعتها في حكم العين الموقوفة وذلك لتأبد الوصية بسبب عدم انقطاعهم والقسمة على من



يحضرها منهم. وذلك أيضا ما ذهب إليه المالكية وغيرهم نتيجة لتأبد الوصية. وإطلاق عبارات القانون يفيد الأخذ بذلك فكان واجب التطبيق عند الحاجة.

في حكم الوصايا المشتركة بين نوعين فأكثر:

إذا جمع الموصي فيمن أوصى له بين معين وغير معين فإن لذلك أربع صور:

١- أن يوصي لمعين شخصا أو جهة ولغير معين محصور كأن يوصي لزيد ولولده أو يوصي بغلة هذه العين للصرف على مستشفى كذا ولولد فلان.

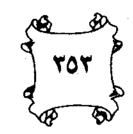
٢- أن يوصي لمعين شخصا أو جهة ولغير معين غير محصور كأن يوصي لفلان وللفقراء أو لمسجد وللفقراء.

٣- أن يوصي لغير معين محصور ولغير معين غير محصور كأن يوصي لأولاد فلان وللفقراء.

٤- أن يوصي للأنواع الثلاثة كأن يوصي لفلان ولأولاد فلان وللفقراء.

وقد نص القانون على حكم هذه الأحوال في المادة ٣٢ ونصها:

«إذا كانت الوصية مشتركة بين معينين وجماعة أو جهة أو بين جماعة وجهة أو بينهم جميعا كان لكل معين ولكل فرد من أفراد الجماعة المحصورة ولكل جماعة غير محصورة ولكل جهة سهم من الموصى به» ومقتضاها اعتبار كل من الجهة والجماعة غير المحصورة وكل واحد من المعينين بأسمائهم أو بالإشارة إليهم أو بما يدل على تعيينهم تعيينا شخصيا، وكل واحد من الجماعة المحصورة المعرفة بالوصف في الحكم كالشخص المعين بالذات فيجعل لكل شخص منهم حقيقة أو اعتبارا سهم من الموصى به. وعلى هذا الأساس يقسم الموصى به بينهم.

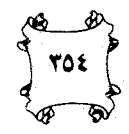


ذلك لأن المعينين من الموصى لهم أوصى لكل منهم بشخصه فلا بد من مراعاة أشخاصهم وذلك ما يستوجب أن يكون لكل فرد منهم حصة. ومثلهم في ذلك الجهة باعتبارها جهة معينة موصى لها على هذا الوضع. وفي حكم ذلك الجماعة التي عرفت بالوصف وهي مما يحصى ويحدد عدده ويعرف فأمكن كذلك اعتبارهم كالمعينين واعتبارهم برءوسهم. أما من لا يحصى فلا يمكن معرفة عددهم ولا حصرهم، وعلى ذلك لا يمكن اعتبارهم برءوسهم فلم يكن من سبيل إلا أن تعتبر الوصية كالوصية للجهة باعتبارهم وحدة يجمعهم الوصف.

وهذا كله إذ لم ينص الموصي في وصيته على طريقة خاصة لقسمة الموصى به بينهم وإلا وجب اتباع ما نص عليه.

غير أننا إذا لاحظنا أن القانون قد اختار في الوصية لمن هو غير معين وإن كان مما يحصى رأى المالكية القاضي بأن قسمة الموصى به إنما تكون على من أدرك القسمة منهم وليس لمن لا يدركها حق فيه على ما بينا فإن عددهم الذي يجب الاعتماد عليه في تحديد سهامهم عند قسمة الموصى به هو عددهم عند القسمة وذلك ما يستوجب النظر إلى عددهم في ذلك الوقت لإجراء القسمة النهائية لا إلى عددهم عند الموت، فإذا لم يوجد منهم أحد عند الموت لم تبطل الوصية له بناء على ما اختاره القانون ووجب الانتظار وتأخير قسمة الموصى به إلى أن يوجد أحد منهم ويتحقق اليأس من زيادتهم فإذا لم يوجد أحد منهم وتحقق اليأس من ذلك بطلت الوصية بناء على المادة ٢٦ ورد ما أوصى به لهم إلى التركة.

وفي هذه الحال كيف يتحدد ويتعين ما أوصى به إليهم؟ لم يتعرض القانون لهذه المسألة وقد يكون الوجه في ذلك أننا نفرض أقل عدد يمكن أن يوجد من الجماعة التي تحصى وهو الواحد، وبناء على ذلك يكون له سهم هو ما تبطل فيه الوصية ويرد إلى ورثة الموصي، وليس للمعينين ولا لمن له الولاية على حق الجماعة غير المحصورة اعتراض إذ قد أعطى لهم ما يتصور



أن يكون لهم دون زيادة عليه كما أعطى للورثة ما هو محقق أن يكون لهم وما عداه لا اعتبار له لأنه إنما يبنى على مجرد الأمل وهو وجود أكثر من واحد.

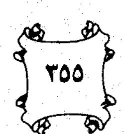
وهذا الذي أخذ به القانون في المادة ٣٢ مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف وقد خالفهما محمد إذا كان من بين الموصى لهم جمع لا يحصى كالفقراء فإنه في هذه الحال يجعل له في الموصى به سهمان لاسهم واحد وذلك بناء على أن أقل الجمع اثنان بدليل أن الشارع قد اعتبر الاثنين من الإخوة جمعا في قوله تعالى: ﴿... فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ ...(١١)﴾ [النساء] فأعطى الأم السدس مع الإخوين أو مع الأختين وعلى ذلك إذا ما أوصى لجمع كانت الوصية لاثنين على الأقل فوجب أن يكون له سهمان.

وللشيخين أن الوصية لجمع لا يحصى وصية لا يراد بها الشمول لجميع أفراده ولا يراد بها كذلك التمليك لأن الشمول متعذر والتمليك لا يكون إلا لمعلوم معين. وعلى ذلك يكون المراد منها مجرد الإنفاق في هذه السبيل، وذكر الجمع لا يراد به إلا الجنس وتعيين المصرف وذلك يتحقق بالصرف لواحد.

وبناء على ما ذكر إذا أوصى شخص بثلث ماله لعلي ولمسجد البلدة وللفقراء قسم الثلث أثلاثا بينهم عند الشيخين؛ ثلثه وهو تُسع المال لعلي ومثل ذلك للمسجد ومثل ذلك للفقراء، وقسم عند محمد أرباعا ربعه لعلي وربعه للمسجد والباقي وهو النصف للفقراء.

ويرى المالكية أن الوصية إذا كانت لجمع لا يحصى كانت قسمة الموصى به بينهم بطريق الاجتهاد كما قدمنا ومثل ذلك في الحكم إذا ضم الموصي إلى ذلك الجمع شخصا معينا كأن الموصي لزيد وللفقراء فقد جاء في الشرح الكبير للدردير[1] إذا أوصى لمعلوم ومجهول كالوصية لزيد وللفقراء بالثلث مثلا فإنه يجتهد فيما يعطيه لزيد قلة أو كثرة بحسب القرائن والأحوال لأن القرينة هنا

(١) الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص٣١٨٧.



دلت على أن الموصي أعطى المعلوم حكم المجهول وألحقه به وأجراه على حكمه حيث ضمه إليه فلا يقال إذا اجتمع معلوم ومجهول جعل لكل منهما النصف - ولا شيء لوارث زيد إن مات بعد موت الموصي وقبل القسمة.

وهذا بخلاف ما إذا أوصى لمعينين كزيد وعمرو أو أوصى لأولاد زيد وعينهم فإن الثلث يقسم بينهم بالسوية، ومن مات منهم بعد موت الموصي وقبل القسمة فوارثه يقوم مقامه.

وجاء في المواق نقلا عن المدونة(١) قال: ثلث مالي لزيد وللمساكين أو قال: في سبيل الله وللفقراء ولليتامي قسم بينهم بالاجتهاد لا أثلاثا ولا أنصافا.

وفي المدونة(٢) قلت: أرأيت رجلا قال ثلث مالي لفلان وللمساكين: قال: بلغني عن مالك في رجل أوصى بثلث ماله في سبيل الله وللفقراء واليتامى قال: قال مالك: يقسم عليهم على وجه الاجتهاد ولم يره أثلاثا وذلك رأيي.

قلت: هذا لا يشبه مسألتي لأن مسألتي قد أوصى بثلثه لرجل بعينه وللمساكين فلم لا يجعل لهذا الرجل نصف الثلث قال: لا يكون له عندي نصف الثلث لأنه جعله له وللمساكين فلا أرى له نصف الثلث ولم أسمعه من مالك ولكني أرى أن ينظر في ذلك على قدر الاجتهاد.

وإذا ضم الموصي معينا إلى جمع يحصى بأن أوصى لفلان وبني زيد كان فلان كواحد من بني زيد، قال أشهب في الموازية والمجموعة فيمن قال ثلث مالي لفلان وبني فلان ففلان كرجل من بني فلان يأخذ كأحدهم(٣).

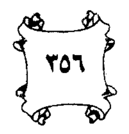
وقد قدمنا أن الوصية لمحصور فيها عند المالكية رأيان.

---

(١) المدونة جـ٦ ص ٣٧٥.

(٢) المدونة جـ١٥ ص ٤٠.

(٣) المنتقى جـ٦ ص ١٧٤.

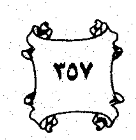


أحدهما: أنها في الحكم كالوصية لمعينين وعلى هذا الرأي يقسم الثلث على عدد رءوسهم كما هو مذهب الحنفية، وثانيهما: أنها في الحكم كالوصية لجمع لا يحصى، وعلى هذا الرأي يقسم الثلث بينهم بالاجتهاد كما في الوصية لزيد وللفقراء فإذا مات زيد قبل القسمة لم يكن لورثته شيء.

وفي المنتقى في الموضع السابق إذا أوصى لغير معينين فقد قال ابن القاسم في الموازية: من قال ثلث مالي لقرابتي وللمساكين يعطى قرابته نصف الثلث ويوزع بين فقرائهم بالاجتهاد، ومعنى ذلك أن الثلث بين القرابة والمساكين أنصافا وأن كل نصف يقسم بين أفراد النوع الذي أعطيه بالاجتهاد.

ثم قال ابن القاسم: وبلغني عن مالك فيمن أوصى بثلثه في سبيل الله والفقراء واليتامى يقسم بينهم بالاجتهاد (أثلاثا) هكذا جاء في النسخة المطبوعة. والذي في المدونة كما ذكرنا آنفا (ولم يره أثلاثا) وعلى ذلك يكون ما في النسخة المطبوعة خطأ مطبعيا وصحة العبارة بالاجتهاد لا أثلاثا.

غير أن ذلك ينافي الفرع السابق آنفا إذ قسم الثلث أنصافا بين فريقين ثم يقسم نصف كل فريق بين أفراده بالاجتهاد فهل في المسألة روايتان؟ يظهر لي ذلك، وإذا كان فيها روايتان فأقربهما إلى القبول ما جاء في المنتقى من قسمة الثلث على عدد الأنواع ثم قسمة نصيب كل نوع بين أفراده بالاجتهاد، إلا أن يقال ليس الغرض من ذكر الأنواع قسمة الموصى به على عددهم وإنما بيان المصرف فقط على أن يكون الصرف بالاجتهاد كالحكم إذا ضم معينا على غير معين لا يحصى، ويدل على تعدد الرواية ما نقل عن أشهب فيمن قال: ثلث مالي بين بني إخوتي وبين بني أختي وبين بين فلان أن الثلث لا يكون بينهم أثلاثا ولكن على قدر الحاجة والعدد. وقال له أيضا ابن القاسم ولي ذلك كالقائل: ثلث مالي لفلان وفلان إذ الثلث بينهما نصفان. وخلاصة هذه النقول: أن الوصية لمعين وجمع لا يحصى تجعل المعين كواحد منهم وكذلك الوصية لمعين وجمع محصور تجعل المعين كواحد منهم فالحكم واحد في الحالين على ما بينا.



وإذا جمع بين جمعين أحدهما محصور والآخر غير محصور، فابن القاسم يرى قسمة المال على عددهم ثم قسمة ما خص كل نوع بين أفراده بالاجتهاد، وكذلك الحكم عنده إذا جمع بين جموع لا يحصى كل منها، وهذا خلاف ما نقلناه عن المدونة إذ جاء فيها أن القسمة تكون بينهم بالاجتهاد لا على عدد أنواعهم ويؤيد هذه الرواية القسمة على معين وغير معين.

ذهب الشافعية إلى أن الوصية إذا كانت لمعين وجمع لا يحصى كالوصية لزيد وللفقراء ففي ذلك أربعة آراء:

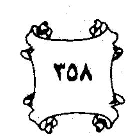
أحدها أن يعطى زيد من الموصى به على الأقل ما يعد متمولا لأنه بضمه إلى الفقراء ألحقه بهم فصار كواحد منهم غير أنه لا يحرم للنص عليه. ولكن إن وصفه بوصف مغاير كالوصية لزيد الكاتب وللفقراء كان له النصف لأن وصفه بهذا الوصف ينفي إلحاقه بالفقراء.

ثانيها: أن يجعل كأحد المقسوم عليهم في مقدار السهام فيسوي بينه وبينهم فإن ضم إليه من الفقراء ثلاثة كان له الربع وإن ضم إليه خمسة كان له السدس وهكذا.

ثالثها: أن يعطى ربع الموصى به وثلاثة أرباعه للفقراء بناء على أن أقل الجمع ثلاثة ضم إليهم رابع هو زيد.

رابعها: أن يكون له نصف الموصى به وهو رأي الحنفية لأنه أشرك مع الفقراء وجعل قسيما لهم باعتبارهم وحدة فكان الموصى به لجهتين فينصف بينهما، وإلى هذا القول ذهب أحمد، أما عند محمد فإن لزيد في هذه الحال الثلث بناء على أن أقل الجمع اثنين.

وإذا كانت الوصية لجمعين غير محصورين كالوصية للفقراء وطلبة الأزهر كان الموصى به بينهما أنصافا، ولا ينظر إلى عدد كل منهما وله عند التوزيع على كل نوع حق المفاضلة واختيار من يعطى وهو مذهب الحنفية ومذهب أحمد والحسن وإسحق.



وإذا كانت الوصية لجمعين محصورين قسم الموصى به على عدد رءوسهم ولا ينصف كالوصية لمعينين؛ كما إذا أوصى لبني زيد وبني عمرو وهو مذهب الحنفية - أما عند الحنابلة فظاهر عبارة كشاف القناع أن القسمة لا تكون على عدد الأفراد بل تكون على عدد الأنواع كما إذا جمع بين معين وغير معين يحصى أو لا يحصى كزيد وبني علي أو كزيد والفقراء فإن الموصى به يكون بينهم أنصافا وعلى ذلك إذا أوصى لزيد وأقارب فلان كان الموصي بينهم أنصافا كذلك[1] والمالكية يرون القسمة في هذه الحال بالاجتهاد.

وإذا كانت الوصية لمعين وجمع محصور كالوصية لزيد وبني أخي فلان ففي ذلك أيضا وجهان:

أحدهما: القسمة على عددهم مراعاة للانحصار كما تقدم في الحال السابقة.

ثانيهما: أن يكون الموصى به بين زيد وبني الأخ مناصفة وإلى الوجهين ذهب الشيعة الجعفرية.

وقد ذكرنا أن المالكية يرون في هذه الحال أن يكون زيد كواحد منهم أما الحنابلة فيرون قسمة الموصى به نصفين.

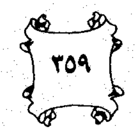
جاء في كشف القناع: إذا أوصى لزيد ولإخوته بشيء كان بينهما نصفين[2].

وإذا كانت الوصية لمعين وجمعين أحدهما محصور والآخر غير محصور كالوصية لزيد وأولاد فلان والفقراء فإن الموصى به يكون بينهم أثلاثا عند الحنابلة، وقد أفتى السبكي الشافعي فيمن أوصى لزيد وإمام مسجد وعشرة فقهاء أن الموصى به يكون بينهم أثلاثا وهو رأي أحمد، فقد جاء في المغني:

---

(١) كشاف القناع جـ٢ ص ٥١٥.

(٢) كشاف القناع جـ ٢ ص ٥١٥.



إذا أوصى لثلاث جهات فوجب أن يقسم الموصى به بينهم بالسوية، وهذه العلة متحققة في مسألتنا ويضاف إلى هذا أن الحنابلة يجوزون الدفع إلى واحد إذا كانت الوصية لجمع غير محصور[1].

وبناء على ما اختاره القانون إذا أوصى شخص لمسجد معين وملجأ معين وطلبة الأزهر كان الموصي بينهم أثلاثا، وإذا أوصى لأولاده وأخته والمساكين وتوفي وله من الأولاد ثلاثة كان الموصى به بينهم أخماسا لأولاده الثلاثة ثلاثة أخماسه ولأخته خمسة وللمساكين الخمس الباقي وهكذا.

غير أنه يلاحظ أنه إذا كان بين الموصى لهم محصور موصوف غير معين فإن القسمة عليه تكون على مذهب مالك الذي اختاره القانون في القسمة عليه وهي القاضية بقسمة الموصى به على من أدرك القسمة منهم لا على مذهب الحنفية القاضي بقسمة الموصى به على عددهم عند الموت. وعلى ذلك تكون القسمة في هذه الحال نهائية إلا عند اليأس من زيادة هذا النوع، فعند ذلك يتحدد عدده وتستقر القسمة.

وعلى هذا إذا أوصى لأولاد فلان ولأخته وللفقراء وتوفي الموصي ولفلان أولاد فإن غلة الموصى به تكون بينهم على أن يجعل للأولاد الموجودين أسهم بعددهم ولأخته سهم وللفقراء سهم وهكذا إلى أن يحدث لفلان ولد آخر فتزداد أسهم الأولاد سهما، وهكذا إلى أن يتحقق اليأس من زيادة أحدهم فعند ذلك تقسم العين الموصى بها على ما ذهب إليه الحنفية في عدد السهام، وهكذا تتغير القسمة إلى أن يتحقق اليأس فتستقر. وإذا لم يكن لفلان أولاد عند وفاة الموصي فإن الوصية لهم تكون باطلة في مذهب الحنفية كما بينا، ولكنها صحيحة في مذهب مالك وهو الرأي الذي اختاره القانون، وعلى ذلك ينتظر وجودهم إلى أن يوجدوا أو يتحقق اليأس من وجودهم فتبطل لليأس من وجودهم. ولكن كيف تكون قسمة غلة الموصى به في هذه الحال؟

---

(١) نهاية المحتاج جـ٦ ص ٧٩ والمغني جـ٦ ص ٥٥٨.

لقد ذكرنا أن للمالكية رأيين **أحدهما**: الانتظار بالغلة إلى أن يتحقق اليأس من وجودهم فتبطل الوصية أو يتحقق اليأس من زيادتهم فيقسم الموصى به عليهم وعلى من معهم قسمة نهائية بالطريق التي بينها القانون، ولكن هذا الرأي القاضي بالانتظار لم يأخذ به القانون. **ثانيهما**: عدم الانتظار وإنما تكون الغلة التي تخص المعدوم لورثة الموصي إلى أن يوجد فتكون له على ما بينا في شرح المادتين ٢٦، ٢٧، وهذا ما أخذ به القانون. وقد بينا فيما مضى أننا في سبيل تعيين ما يكون لورثة الموصي في هذه الحال وهو ما يجعل للمعدوم - نفرض للمعدوم سهما يضم إلى سهام الموجودين فيكون لورثة الموصي إلى أن يوجد فرد فيكون له فإذا وجد بعد ذلك فرد آخر ضم إلى السهام سهم آخر وهكذا إلى أن يتحقق اليأس من الزيادة فتتحدد السهام ويقسم الموصى به قسمة نهائية فإذا لم يوجد أحد وتحقق اليأس من ذلك بطلت الوصية للمعدوم بناء على ما ذهب إليه القانون وردت حصته إلى التركة بناء على المادة ٣٤ وحاص بها الورثة وتكون حصته في هذه الحال مقدار سهم على ما استظهرنا إذ لم نعثر على حكم منقول في هذه المسألة عند المالكية.

مآل نصيب من بطلت وصيته:

الوصية قد تكون لمعينين بأن يوصي لزيد وعمرو وخالد أو يوصي لأولاد فلان وهم علي وأحمد ومحمود، وقد تكون لغير معين يحصى ويعرف كان يوصي لأولاد فلان أو للزمني من قرابته، وقد تكون لغير معين لا يحصى كأن يوصي للفقراء وقد يجمع بين هذه الأنواع.

وفي هذه الأحوال إذا صحت الوصية واستمرت صحيحة إلى وقت القبول أو التنفيذ فالأمر واضح؛ إذ تنفذ على وضعها الذي وضعها الموصي فيه أو نص عليه القانون وإذا بطلت فقد تبطل بالنسبة لنوع، وقد تبطل بالنسبة لفرد من نوع غير أن بطلانها في حالة الإيصاء لغير معين لا يحصى على ما ذهب إليه القانون لا يتصور كما لا يخفى إذ الحكم عليه بأنه لا يحصى لا يكون إلا على أساس وجوده وإذا وجد كان الموصى به لمن حضر



القسمة منه. وعلى ذلك فبطلان الوصية قد يكون في حال الإيصاء لمعين أو معينين أو في حال الإيصاء لجمع محصور غير معين سواء أكان البطلان بالنسبة إليه أو إلى فرد منه.

وقد نصت المادة ٣٣ على الحكم عندما تكون الوصية للمعينين فبينت أنه إذا بطلت الوصية لهم أو لأحدهم سواء أكان بطلانها بسبب قائم عند الإيصاء أو بسبب حدث بعد ذلك وصار الموصى له بناء على ذلك غير أهل للوصية حين وفاة الموصي فإن ما أوصى به لهم أو لأحدهم يعود إلى تركة الموصي، ولم تتعرض هذه المادة لما إذا كان أثر ذلك هو اعتبار هذه الوصية كأن لم تكن، وعلى ذلك لا يحاص به ورثة الميت أرباب الوصايا الأخرى عند ضيق محل الوصايا، أو أن الورثة يحاصون بها.

وقد جاءت المادة ٣٤ ببيان هذا الحكم كما سنبين وقد أشرنا فيما مضى إلى هذا الموضوع وخلاف الفقهاء فيه وذكرنا أن هذا الحكم الذي تضمنته هذه المادة مستمد من مذهب الشافعية فهو الذي يذهب إلى ذلك في جميع حالات البطلان سواء أكان مرده إلى عدم أهلية الموصى له للاستحقاق أم مرده إلى طروء سبب بعد ذلك كأن يرتد الموصى له أو يقتل الموصي.

وقد جاءت المادة ٣٤متممة للمادة ٣٣ فنصت على أنه إذا بطلت الوصية للعين أو لجماعة عاد إلى تركة الميت ما أوصى به إليهم ويحاص الورثة به أرباب الوصايا الباقية إذا ضاق عنها محل الوصية، وبذلك ذكرت ما أغفلته المادة ٣٣ من بيان حكم المحاصة إذا كانت الوصية لمعينين وعادت حصتهم أو حصة أحدهم إلى تركة الموصي بسبب عدم الأهلية عند الوفاة. وقد بينا فيما سبق أن عدم الأهلية في هذه الحال إذا كان قائما عند صدور الإيجاب فإن الوصية تعتبر كأن لم تكن عند الحنفية وإذن فلا محل للمحاصة وذلك كالوصبة لحي وميت بالثلث.

أما عند المالكية فقد ذكرنا رأيهم في ذلك وما استظهرناه لأننا لم نعثر لهم على نص صريح في ذلك.



أما الحنابلة فقد بينا أن البطلان إذا كان عند الإيجاب بسبب يرجع إلى عدم الأهلية كموت الموصى له فإنه لا يكون للحي إلا النصف على ما ذهب إليه الجمهور لأن إشراك اثنين بعبارة واحدة يدل على المشاركة في الموصى به فكان اختصاص الحي بحصته من مدلول عبارة الموصي، أما إذا كان الموصى لهم حجرا فالوصية له عند الحنابلة تعتبر كان لم تكن على ما بينا، وعند الشافعية لا يكون للباقي إلا حصته، وعلى ذلك يمكن تصور المحاصة في هذه الصورة عندهم وإن كان الظاهر أن الوصية للحجر ونحوه ينبغي أن تعتبر كأن لم تكن غير أنه يمنع ذلك قولهم بالتنصيف بينه وبين الباقي، ومن هذا يظهر أن الحكم الذي ذهب إليه القانون من ثبوت المحاصة في هذه الصورة يتفق فيما يظهر مع مذهب الشافعية.

أما إذا كانت الوصية لجماعة لم يعين أفرادها تعيينا شخصيا - بدليل عطفها على المعين فقد تبطل الوصية لها جميعها وقد تبطل بالنسبة لأفرادها وبطلانها بالنسبة لها يكون فيما اختاره القانون بعدم وجودها واليأس من وجود أي فرد منها. وهو مذهب مالك في أحد رأييه. ومقتضاه أن القسمة النهائية تكون على من أدرك القسمة منهم بعد اليأس من زيادتهم فإذا بطلت الوصية في هذه الحال عاد مالها على ما بينا سابقا إلى تركة الموصي وحاص به الورثة أهل الوصايا الأخرى بناء على المادة رقم ٣٤. أما بطلان الوصية بالنسبة لفرد فقط فلا يتحقق به ما نصت عليه هذه المادة، إذ إن الموصى به لهم يكون جميعه للباقي منهم لصدق عنوانها عليه وبقاء الوصية بالنسبة لهم وعلى ذلك فلا يعود إلى التركة بسبب ذلك شيء.

وبذلك يتبين أن المادة ٣٤ إنما تتحقق في حالين: حال الوصية لمعين أو لمعينين فإذا بطلت الوصية لأحدهم أو لهم جميعا عاد ما لهم إلى التركة - وحال الوصية لجماعة إذا بطلت الوصية بالنسبة لها إذ يعود ما أوصى به لهم إلى التركة - ولا فرق بالنسبة للمعينين بين أن يكون البطلان لعدم أهلية الموصى له المعين عند الإيجاب أو لطروء سبب بعد ذلك جعله غير أهل للوصية عند الوفاة كأن يرتد فيستمر على ردته إلى وفاته أو يقتل الموصي.



ومن هذا يظهر أن هذه المادة يغني ذكرها عن المادة ٣٣ ويجري هذا الحكم كذلك إذا جمع الموصي في وصيته بين معينين وبين جماعات محصورة وجماعات غير محصورة فإنه إذا بطلت الوصية لمعين عادت حصته إلى التركة وكذلك إذا بطلت بالنسبة إلى جماعة من الجماعات المحصورة.

أما بطلانها بالنسبة إلى جماعة غير محصورة فغير متصور كما سبق بيانه لأن الحكم عليهم بعدم الإحصاء فرع وجودهم وإذا وجدوا قسم الموصى به على من حضر ممن هو أهل للوصية فإذا كان من حضر ليس أهلاً للوصية بسبب من الأسباب انتظر بها من هو أهل لها ولا تبطل. وهذا كله مع مراعاة قسمة الموصى به بينهم حسب ما جاء في المادة ٣٣.

وعلى ذلك إذا كانت الوصية لأولاد أخيه الأربعة وعينهم وللملجأ معين ولفقراء أسرته وللفقراء بالثلث وكان فقراء أسرته عند وفاة الموصي خمسة أشخاص قسم الثلث أحد عشر سهما أربعة لأولاد الأخ وخمسة لفقراء أسرته وسهم للملجأ وسهم للفقراء فإذا بطلت الوصية لأحد الأولاد ردت حصته وهي $\frac{1}{11}$ من الثلث إلى التركة وإذا لم يوجد فقير من أسرته عند القسمة وتحقق اليأس من وجودهم بعد ذلك بطلت الوصية بالنسبة لهم في نظر القانون وردت حصتهم إلى التركة كما بينا سابقا.

هذا، وقد أدمج مشروع قانون الوصية المزمع إصداره المادتين ٣٣، ٣٤ في مادة واحدة هذا نصها: إذا كانت الوصية لمعينين عاد إلى تركة الموصي ما أوصى به لمن كان غير أهل للوصية حين الوفاة - وإذا بطلت الوصية لمعين أو لجماعة اعتبرت كأن لم تكن. فإذا زاد باقي الوصايا عن ثلث التركة طبق في توزيعها ما أخذ به القانون من أحكام عند تزاحم الوصايا.

ويلاحظ أن بطلان الوصية لمعين قد يكون بسبب أنه قد رد الوصية له. واعتبارها في هذه الحال كأن لم تكن هو ظاهر مذهب الحنابلة كما يظهر من عبارة كشاف القناع[١].

---

(١) راجع كشاف القناع ج٢ ص ٩٠٢.



أحوال الموصى به

قام مشروع الوصية للتيسير في جميع نواحيها فأجيزت الوصية بالأعيان وبالمنافع وبالحقوق وبالتصرف في التركة وبالقسمة وبالتأجيل للدين ونحو ذلك مما أشرنا إليه فيما سبق وأجيزت كذلك مع بيان الموصى به ومع تجهيله وذلك كله للتوسعه على الموصي حتى يستطيع في يسر أن يتدارك ما قد يكون فاته من واجب أو صلة أو مكافأة. وقد لا يتنبه إلى ذلك إلا في وقت لا يتسع للبيان والتفصيل، فكثيرا ما يحدث ذلك فلا يلجأ المرء إلى ذلك إلا في آخر أيامه أو حين يشتد به المرض فتعوزه بسبب ذلك القدرة على البيان والتفصيل؛ ولهذا كان للوصية من الأحكام الميسرة ما ليس لغيرها من العقود الأخرى فأجيزت بالمعلوم والمجهول - غير أنه لإضافتها إلى وقت تتعلق فيه حقوق الورثة بالتركة أوجب الشارع تقييدها بما لا يضر بهم فقيد الشارع تنفيذها بمقدار لا يتجاوزه إلا بإجازتهم فإذا تجاوزته توقف نفاذها على إجازتهم.

مقدار الموصى به:

وذكرنا عند كلامنا على شروط الموصى به أن نفاذ الوصية بدون إذن الورثة إنما يكون في حدود الثلث من تركة الموصي بعد سداد جميع ديونه.

وإذا لاحظت أن ما يكفي من المال لتجهيز المتوفى والإنفاق على من تلزمه نفقته من وقت موته إلى دفنه مقدم في التركة على جميع الديون بناء على المادة رقم ٤ من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣. علمت أن المعتبر في نفاذ الوصية بدون إجازة هو ثلث التركة بعد إخراج ما يلزم لتجهيز المتوفى ودفنه وما يلزم للإنفاق على من تجب عليه نفقته من وقت الموت إلى وقت الدفن وبعد وفاء جميع الديون إن كانت. وكذلك بينا آراء الفقهاء في حكمها إذا تجاوزت الثلث وفصلنا القول في الإجازة وشروطها عند كلامنا على الوصية لوارث كما بينا الحكم فيها إذا لم يكن للموصي وارث، وأنها في هذه الحال تنفذ في جميع المال وبينا موقف بيت المال من ذلك وأن من الفقهاء من لا يعتبره وارثا فأنفذها في كل المال مع وجوده. ومنهم من اعتبره وارثا فذهب



إلى عدم نفاذها فيما زاد على الثلث إذ لا مجيز لها في هذه الحال ذلك أنه لا يملك القائم على بيت المال الإجازة لما فيها من الإضرار به، وأن القانون ذهب إلى اعتبار بيت المال غير وارث فأجاز الوصية بكل التركة أو بعضها من غير توقف على إجازة الخزانة العامة[1] م ٣٧. كما أجاز الوصية للوارث فجعل حكم الوصية له مثل حكم الوصية للأجنبي وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم عند كلامنا على شروط الموصى به.

ثلث التركة ووقت تقديره:

لا تنفذ الوصية من غير إجازة إلا في حدود ثلث ما يتركه الموصي من المال أي في حدود ثلث تركته بعد سداد جميع ديونه فإذا كانت تركته مستغرقة لم تنفذ وصيته إلا فيما يخلص من التركة بعد سقوط دينه وإذا كانت غير مستغرقة تقيد نفاذها بثلث ما يبقى منها بعد سداد الديون أو سقوطها على ما بيناه فيما سبق م٣٨[2].

وقد قدمنا كذلك أن الدين غير المستغرق لا يمنع نفاذ الوصية في ثلث الباقي من التركة فيتملك الموصى له ما أوصى له به م ٣٨ ولكن نفاذها لا يبطل حق الدائن في تقدمه على الوصية فإذا بيع الموصى به أو دفع في سداد الدين لتقدمه على الوصية وتعينه لذلك كان للموصى له أن يرجع بقدر الدين الذي استوفي في ثلث الباقي من التركة بعد وفاء الدين، وهذا ما تقضى به المادة ٣٩ وهي بإطلاقها تقضى بأن الموصى به إذا كان عينا مرهونة فبيعت في الدين كان للموصى له أن يرجع بقدر الدين، ويعتبر ذلك بما بيعت يه العين لا بقيمتها كما قدمنا فيرجع الموصى له في الثلث بالثمن لأن البيع صدر عن

---

(١) نص المادة ٣٧: تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة وتصح بما زاد على الثلث ولا تنفذ في الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه، وتنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه من غير توقف على إجازة الخزانة العامة.

(٢) راجع صفحات ١٥٩ وما بعدها إلى ص ١٧٥، ٢٤٥ وما بعدها إلى ٢٥٢.



ولاية شرعية فكان نافذا على الموصى له وقدمنا ما يدل على ذلك عند كلامنا على مبطلات الوصية[1].

ويلاحظ أن عبارة المادة ٣٨ صريحة في أن الوصية عند استغراق التركة بالدين لا تنفذ إلا ببراءة ذمة الموصي من الدين أو إجازة الدائنين للوصية في هذه الحال لا تفيد ولا يترتب عليها نفاذ الوصية، وعلى هذا أكثر كتب الحنفية كما قدمنا ذلك ص ٤٢٥ وما بعدها لأن الإجازة لا تفيد سقوط الدين وكل ما تفيده سقوط ما للدائنين من حق في تعلق ديونهم بالتركة ولكن ذلك لا يترتب عليه براءة ذمة المتوفى، وإذا ظلت ذمته مشغولة بالدين كان سداده مقدما على نفاذ وصيته تخليصا لذمته ولكن جاء في مشروع القانون المزمع إصداره أن وصية المدين بدين مستغرق كما تنفذ ببراءة ذمة الموصي من الدين تنفذ بإجازة الدائنين الكاملي الأهلية وتعتبر إجازتهم في هذه الحال إسقاطا للدين، ويظهر أن المشروع قد راعى ما يقضي به العرف الجاري من اعتبار الإجازة تنازلا عن الدين ظاهرا.

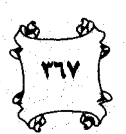
وإذا كان نفاذ الوصية من غير إجازة أحد مقيدا بثلث التركة بعد خلاصها من الديون اقتضى ذلك بيان الوقت الذي تقدر فيه التركة ويتحدد بذلك ثلثها الذي تتقيد به الوصية عند تنفيذها - وتختلف آراء الفقهاء في ذلك.

رأي الحنفية:

علمت مما تقدم أن الحنفية يرون أن الموصى له يتملك ما أوصى له به إذا ما كانت الوصية لمعين أو لموصوف محصور من وقت وفاة الموصي متى توافرت شروط ذلك - وأنهم قد نصوا على أن الوصية يجب لنفاذها من غير

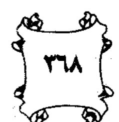
---

(١) نص المادتين ٣٨، ٣٩: م ٣٨ تصح وصية المدين المستغرق ماله بالدين ولا تنفذ إلا ببراءة ذمته منه فإن برئت ذمته من بعضه أو كان الدين غير مستغرق نفذت الوصية في الباقي بعد وفاء الدين.
م ٣٩: إذا كان الدين غير مستغرق واستوفى كله أو بعضه من الموصى به كان للموصى له أن يرجع بقدر الدين الذي استوفي في ثلث الباقي من التركة بعد وفاء الدين.

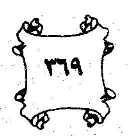


إجازة ألا تتجاوز ثلث التركة بعد سداد ما تحمله من الديون. ونفاذها يكون بترتب آثارها عليها ومن ذلك ثبوت الملك للموصى له. ونتيجة ذلك أن الوصية إذا وسعها ثلث التركة بعد الديون تملكها الموصى له حين وفاة الموصي وذلك ما يستلزم في الظاهر البادي مراعاة مقدار التركة عند الوفاة أو عند ثبوت الملك حتى لا تنفذ ولا يثبت الملك فيما يجاوز ثلثها، ومقتضى ذلك أن العبرة في تحديد الثلث الذي يتقيد به تنفيذ الوصية هو قيمة التركة عند الوفاة، فإذا ترك الموصي أموالا قدرت قيمتها عند الوفاة وبعد خلوصها من الديون بثلاثة آلاف جنيه وقد أوصى لآخر بقطعة أرض قيمتها ألف جنيه فإن الموصى له يصير مالكا لهذه الأرض بمجرد وفاة الموصي وله حق التصرف فيها قبل قبضها بناء على ذلك.

وهذا ما تجده في كثير من كتب الحنفية دون تقييد له ولكن نجد في كتاب أدب الأوصياء ما نصه: والمعتبر في تنفيذ الوصية من الثلث القيمة وقت القسمة لا وقت الموت ومثله ما في القنية والخلاصة ويؤيده ما في المبسوط من أن تركة الموصي بعد موته وقبل قسمتها مبقاة على ملكه. وهذا ما يتنافى ظاهرا مع القول بثبوت ملك الموصى له للموصى به عند الموت، وإذا رجعت إلى باب زيادة الموصى به من الجزء التاسع والعشرين من مبسوط السرخسي وجدت ما يفيد أن تركة المتوفي تعتبر باقية على حكم ملكه حتى تقسم وأن المراد بالقسمة التي جعلت نهاية لهذا الاعتبار تسلم كل ذي حق حقه من التركة وأن زيادة التركة قبل موت الموصي وبعد موته قبل القسمة سواء في الحكم فتعتبر في الحالين من ملك الميت ومن تركته، ففي مسائل هذا الباب ما ترى فيه أن التركة مكونة من عدة أعيان معينة أوصى ببعضها وقيمته عند الموت في نطاق ثلثها، وفي هذه الحال يثبت ملك الموصى له فيما أوصى له به لتعينه وخروجه من الثلث، ويثبت ملك الورثة فيما عداه دون حاجة إلى إجراء قسمة بين الموصى له والوارث لانعدم الشيوع، ومع ذلك نجد في شرح أحكام هذه المسألة التي تحقق فيها كل ذلك أنه إذا حدثت زيادة في عين من هذه الأعيان بعد الموت وقبل أن يتسلم أحد من الموصى له والورثة حقه بسبب



ارتفاع سعرها أو بسبب زيادة في بدنها أو بسبب ولادتها أو نحو ذلك عدت تلك الزيادة من مال الميت، كما أنه إذا حصل نقص فيها بعد الموت وقبل التسلم عد ذلك من التركة وإن كانت الزيادة أو النقص قد حدثا فيما هو موصى به ومملوك للموصى له أو فيما هو للورثة وقد صار ملكه إليهم ويكون لذلك أثره في الوصية إذا كانت الزيادة في العين الموصى بها أو النقص في الأعيان الأخرى، فقد ذكر فيه أنه لو كان لرجل ثلاثة أفراس قيمة كل واحدة منهن ثلاثمائة درهم فأوصى بواحدة منهن بعينها لآخر ثم مات فلم يقسم الورثة والموصى له بأن يتسلم أحدهم ما خصه من التركة حتى زادت تلك الفرس الموصى بها فصارت قيمتها ستمائة درهم فإن هذه الزيادة تعد من مال الميت لما تقدم وعندئذ لا تكون جميعها للموصى له لأن قيمتها صارت تساوي نصف التركة فقد أصبحت التركة بعد تلك الزيادة ألفا ومائتين وأصبحت قيمتها ستمائة وعند ذلك لا يكون للموصى له منها إلا ما يساوي ثلث التركة وهو أربعمائة درهم وذلك ثلثا الفرس ويكون للورثة ثلثها الباقي والفرسان الأخريان. وعلى هذا الوضع مسائل هذا الباب ومنه يفهم أن الحنفية وإن ذكروا أن الوصية تتقيد بثلث التركة إلا أن مرادهم بذلك أن الثلث الذي تتقيد به الوصية هو ثلثها باعتبار تقويمها يوم القسمة والتسلم لا يوم الموت. وعلى ذلك إذا أوصى شخص لآخر بهذه الدار وقيمتها ألف جنيه عند الموت وكانت قيمة جميع أمواله عنده ثلاثة آلاف جنيه لا تحمل دينا ثم هلك من التركة قبل تسلم كل حقه ما قيمته مائتان وألف فإن الوصية لا تنفذ في الدار جميعها إلا بإجازة الورثة إذ أصبحت تزيد على ثلث الباقي من التركة بعد الهلاك وإنما تنفذ فيما يسعه ثلثها فقط منها وهو ما يساوي ستمائة جنيه لصيرورتها ألفا وثمانمائة جنيه بعد الهلاك فأنت ترى أنه لم يمنع من ذلك ثبوت ملك الموصى له في الدار جميعها عند الموت لأنها في ذلك الوقت لا تتجاوز ثلث التركة، ومن هذا نفهم أن مراد الحنفية بقولهم إن الموصى له يتملك ما أوصى له به بقبوله الوصية ملكا مستندا إلى وقت الوفاة متى كان يخرج من ثلث التركة أي من ثلثها عند القسمة والتسلم وإلا فلا يستقر له فيها ملك إلا فيما يسعه



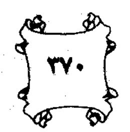
ثلث التركة في ذلك الوقت. ومما يترتب على ذلك أن العين الموصى بها إذا زادت قيمتها على الثلث وقت الموت ثم زادت قيمة العروض الأخرى بعد ذلك قبل التسليم حتى ترتب على ذلك خروج العين الموصى بها من الثلث بعد الزيادة فإن الوصية تنفذ في العين الموصى بها جميعها على الرغم من أنها كانت أكثر من الثلث عند الوفاة.

ومن هذا كله يتبين أن العبرة في النهاية لثلث التركة عند قسمتها وتسليم كل ذي حق حقه فيقوم حينئذ جميع ما تتكون منه التركة عند ذلك بما في ذلك الموصى به بحسب أسعارها وقتئذ ثم لا يكون للموصى له إلا ما يسعه ثلث الجميع وما جاء في بعض كتب الحنفية من أن العبرة بالثلث عند الموت تساهل في التعبير لم يلاحظ فيه ما قد يصيب التركة من زيادة أو نقص قبل قسمتها قسمة نهائية إذ العادة أن القسمة لا تتأخر عادة عن وقت الوفاة.

رأي المالكية:

قد علمت فيما مضى رأي المالكية في ثبوت ملك الموصى له للموصى به وأنه يبتدئ من وقت وفاة الموصي أو من وقت القبول على ما بيناه فيما مضى إلا أنهم مع ذلك يصرحون بأنه لا يكون للموصى له من غير إجازة إلا ما يحمله ثلث مال الموصي عند قسمته أى عند قبض كل من الورثة والموصى له حقوقهم حتى إذا أوصى إنسان بما لا يزيد عن الثلث عند الوفاة ثم هلك بعض المال أو تغيرت الأسعار فترتب على ذلك أن صار الموصى به أكثر من الثلث بعد الهلاك أو بعد تغير الأسعار لم تنفذ الوصية إلا فيما يحمله الثلث في ذلك الوقت، نص على ذلك الخرشي في شرحه فقال: إن العبرة بالثلث يوم التنفيذ زاد المال أو نقص ومثل ذلك في الشرح الكبير للدردير وفي منح الجليل.

وعلى ذلك يكون مذهب المالكية متفقا مع مذهب الحنفية لا خلاف بينهم في ذلك - ومن المالكية من ذهب إلى أن العبرة بثلث التركة وقت الموت لأنه وقت ثبوت الملك للموصى له، ومنهم من ذهب إلى أن العبرة بالثلث

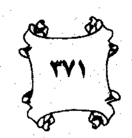


وقت القبول لأن الملك يثبت بناء عليه. وراجع الخرشي وحاشية العدوي عليه والشرح الكبير والدسوقي عليه والحطاب والرهوني ومنح الجليل.

رأي الحنابلة:

علمنا فيما مضى أصح الأقوال عند الحنابلة في ثبوت ملك الموصى به للموصى له أنه يثبت له بالقبول في وقته لا مستندا إلى وقت الموت ويثبت له عندئذ مستقرا ومقتضى هذا أن العبرة في تقدير قيمة الموصى به والتركة وفي خروج الموصى به من ثلثها بوقت القبول فتعتبر قيمة التركة عنده وذلك رأي لبعض الحنابلة نقله عنهم صاحب الفروع في فروعه. ولكن جمهور الحنابلة لا يرون ذلك وإنما يرون أن الاعتداد إنما يكون بقيمتها وقت موت الموصي لأنه وقت لزوم الوصية من ناحيته فتعتبر قيمة التركة وقيمة الموصى به بحسب الأسعار في ذلك الوقت، فإذا كان الموصى به يحمله ثلث التركة في ذلك الوقت نفذت الوصية بلا توقف على إجازة وإن زادت قيمته بعد ذلك وقبل أن يتسلمه الموصى له حتى صارت معادلة لقيمة بقية التركة أو أكثر ولا يكون لذلك تأثير في نفاذ الوصية فيسلم الموصى به إلى الموصى له على أية حال. أما إذا كانت قيمة الموصى به عند الوفاة تزيد على ثلث التركة فإن الوصية فيما زاد تتوقف على إجازة جميع الورثة وإن نقصت قيمته بعد ذلك وقبل أن يتسلمه الموصى له أو زادت قيمة غيره من أعيان التركة حتى صار بسبب ذلك أقل من الثلث.

فإذا أوصى شخص لآخر بدار وكانت قيمتها عند موته ألف جنيه ومات عنها وعن أموال أخرى قيمتها ألفا جنيه فكانت قيمة ما ترك من مال ثلاثة آلاف جنيه ثم تغيرت قيمة الدار بعد ذلك قبل أن يقبل الموصى له الوصية فأصبحت قيمتها أربعة آلاف جنيه بينما لم تتغير قيمة غيرها من أعيان التركة ثم قبل الموصى له الوصية بعد ذلك فإن الوصية تنفذ ويسلم الموصى له الدار على الرغم من أن قيمتها عند ذلك ضعف قيمة غيرها من أعيان التركة.



وكذلك يكون الحكم إذا تغيرت قيم الأعيان الأخرى بالنقص وذلك لأن الاعتبار بوقت الموت وقد كانت قيمة الدار الموصى بها يسعها ثلث التركة.

قال ابن قدامة في المغني: والقول باعتبار وقت الموت في نفاذ الوصية وخروجها من الثلث هو أصح الأقوال عندنا وهو قول عند الشافعي وقول أصحاب الرأي ولا أعلم فيه خلافا.

وقد علمت فيما سبق رأي الحنفية وأن - الاعتداد بوقت القسمة والتسلم وهو المعتمد عليه عند المالكية ولعله لم يطلع على ذلك.

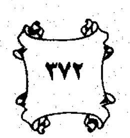
رأي الشافعية:

يرى الشافعية أن الوصية إذا كانت بسهم منسوبا إلى المال كأن يقول الموصي أوصيت بربع مالي أو بثلثه مثلا انصرف ذلك إلى ما يملكه من مال عند الموت لأن ملك الموصى له يثبت عنده أو أثره وبه تلزم الوصية من جهة الموصي، وعلى ذلك إذا أوصى بربع ماله نظرنا إلى مقدار ما يملكه عند موته أو إلى مقدار ما يتركه من مال فيكون الموصى به هو ربع ذلك المال ولا ينظر إلى ما كان يملك من مال عند الإيصاء وإليه ذهب جمهور الفقهاء.

وذهب بعض الشافعية إلى أن المعتبر ما يملكه من مال يوم الإيصاء فإذا كان مال الوصية أربعة آلاف جنيه كان الموصى به ألف جنيه لا يغير من ذلك أن يكون ما يملكه عند الموت أكثر من أربعة آلاف جنيه أو أقل. مثله ما لو نذر أن يتصدق بربع ماله فإنه لا يلزم إلا بربع ماله عند النذر لا عند قيامه بدفع ما نذره صدقة وهو وقت التنفيذ ولكن هذا القياس محل نقد لأن الناذر إنما يلزم بربع ماله عند صدور النذر منه لأن هذا الوقت في الوصية هو وقت الموت لا وقت الإيصاء.

وقد أشار صاحب النهاية إلى أنه يجب مراعاة خلوص المال من الديون عند النسبة إليه وذلك لتقدم الدين على الوصية[1]، غير أن تقدم الدين على

(١) ارجع إلى نهاية المحتاج جـ٦ ص ٥٤.



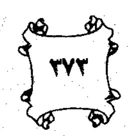
الوصية إنما هو في التنفيذ، أما عند نسبة السهم إلى المال فإنما نسب إليه مطلقا غير مقيد بأي قيد والمال المحمل بالديون مال الموصي ثم هو عند الإيصاء إذا صدر الإيصاء في حال الصحة غير محمل بالدين ولا يتعلق به وإذ كانت النسبة للتعريف لم يكن لهذه المراعاة محل.

والرأي الأول القاضي بأن المعتبر هو ما يملكه الموصي عند الموت هو الأصح عند الشافعية. أما إذا كانت الوصية بغير ذلك فالعبرة بقيمتها عند الموت.

وقد اتبع الشافعية في بيان ما تنفذ فيه الوصية دون توقف على إجازة الورثة الطريقة الآتية: فقالوا إذا أريد معرفة ما ننفذ فيه الوصية بغير إجازة وهو ما يحمله الثلث وما يبقى للورثة من التركة بعد الوصية فإنه يجب مراعاة قيمة الموصى به عند الموت وألا يكون للموصى له أكثر من نصف ما يكون للورثة على أية حال وذلك بأن تعتبر قيمة الموصى به بحسب الأسعار في وقت الموت إن احتيج إلى ذلك، أما قيمة ما عداه من التركة فالمعتبر فيها أقل قيمة كانت له فيما بين الوفاة ووقت قبض الورثة ما بقي لهم من التركة.

وإنما اعتبرت له أقل قيمة كانت له في هذه الفترة لأن قيمته إذا زادت عما كانت عليه عند الوفاة فهي زيادة حدثت من مال مملوك للورثة فهي لهم لا يصح أن يشركهم فيها الموصى له وإذا نقصت عما كانت عليه فهو نقص حصل قبل قبضهم فلا يحتسب عليهم ولا يدخل في ضمانهم ولا يؤاخذون بما لم يقبضوه.

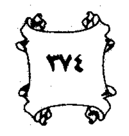
وهاك ما جاء في التحفة ومغني المحتاج مع تصرف للإيضاح: إن العبرة في احتساب قيمة ما يفوت على الورثة من التركة بسبب تبرع مورثهم المنجز في مرض موته أو بسبب وصيته واحتساب قيمة ما يبقى لهم منها بعد ذلك حتى لا يكون المتبرع به أكثر من نصف ما يبقى للورثة تختلف باختلاف حال التبرع. فإذا كان التبرع منجزا في مرض الموت اعتبرت قيمة المتبرع به وقت التصرف فإذا توفي المتبرع نظرنا إلى ما ترك عند موته مضافا إليه ما تبرع به،



فإن وفَّى ثلثه في ذلك الوقت بقيمة ما تبرع به نفذ تبرعه وإن لم يوف لم ينفذ منه إلا بقدر الثلث - وإذا كان التبرع مضافا إلى ما بعد الموت وهو الوصية اعتبرت قيمة الموصى به عند الموت وقيمة ما بقي من التركة للورثة على أقل حال وصلت إليها قيمته فيما بين الموت والقبض، ذلك لأنه إذا كانت قيمته وقت الموت أقل قيمة كانت له في تلك المدة فالزيادة عليها حصلت على ملك الورثة فتكون ملكا خالصا لهم لا يحتسب من التركة. وإذا كانت قيمته وقت القبض أقل قيمة كانت له فما كان فيها من زيادة قبل ذلك لم يقبضها الورثة فلا تحتسب عليهم.

وبناء على ذلك يجب أن يوازن بين الموصى به مقوما بقيمته عند الموت وبين ما يبقى للورثة من التركة بعده مقوما بأقل قيمة تكون له فيما بين الموت وتسلم الورثة لما بقي لهم فلا يجوز أن يتجاوز الموصى به نصف ما أعطى للورثة على هذا الاعتبار، فإذا أوصى إنسان بدار ثم توفي عنها وعن أرض زراعية وكانت قيمة الدار عن الوفاة ألف جنيه وقيمة الأرض عند ذلك ألفي جنيه ثم نقصت قيمة الأرض بعد ذلك قبل أن يتسلمها الورثة إلى ألف جنيه لم يكن للموصى له من الدار إلا ثلثاها وذلك هو ثلث المجموع.

ويبدو لي أن هذا الاعتبار محل للنظر فإنه يترتب عليه أن تقوم العين الواحدة في مسألة واحدة بقيمتين مختلفتين وذلك ما لا يقره الوزن المستقيم، فإننا إذا فرضنا في المسألة السابقة أن الوصية كانت بنصف الدار شائعا وأن الدار قد نقصت قيمتها أيضا إلى ستمائة جنيه فإننا نقومها عند تعرف قيمة الموصى به بألف جنيه وذلك قيمتها عند الوفاة لنتبين أن الوصية تقدر بخمسمائة جنيه ثم نقومها مرة أخرى بأقل قيمة لها فيما بين الموت وقبضها لتعرف قيمة ما بقي منها للورثة وتلك القيمة هي ستمائة جنيه فيكون قيمة ما بقي للورثة منها ثلثمائة جنيه وهذا غير مقبول في عين واحدة. فهل للشافعية في هذه قيود تدفع ذلك النقد؟



لم أر لهم فيما اطلعت عليه من كتبهم في ذلك شيئا وقد نقل ابن قدامة عنهم فيما ذكرناه آنفا أن لهم قولا آخر هو اعتبار حال الموت فقط ولكني لم أره في كتبهم التي كانت بيدي.

وإلى هذا الرأي الثاني ذهب الزيدية كما في البحر الزخار وإليه ذهب الشيعة الجعفرية كما في تحرير الأحكام وهو مذهب الإباضية كذلك.

خلاصة الآراء المتقدمة:

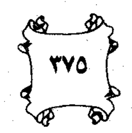
مما تقدم يتبين لنا أن الحنفية والمالكية على أشهر الأقوال عندهم قد راعوا في تقدير ما لكل من الموصى له والورثة الأمر الواقع عند القبض حتى لا يكون غبن على أي أحد منهم فيما يعطاه فعلا وأن الحنابلة والشيعة الجعفرية والزيدية والإباضية قد راعوا وقت الموت وهو وقت لزوم الوصية وظهورها حقيقة قائمة يترتب عليها آثارها.

أما الشافعية فقد كالوا للموصى له بكيل وللورثة بكيل آخر فراعوا في ذلك جانب الورثة إذ قوموا التركة بالنسبة لنفاذ الوصية من ثلثها بأقل قيمة لها، ولعل مرجع ذلك اعتبارهم الموصى له دخيلا على الورثة فذهبوا إلى مراعاة الوصية حال الإيصاء وإلى مراعاة التركة في أحط حال لها فيما بين الموت والقبض على ما بينا.

أما قانون الوصية فلم يتعرض صراحة لبيان الوقت الذي يعتبر فيه الثلث خارجا من ثلث التركة ولكن هل يظهر من روحه وأحكامه أنه يعتبر وقت الموت، وهو ما ذهب إليه الحنابلة والزيدية والشيعة الجعفرية، وذلك ما سنعرض له.

حكم النماء والزوائد عند مراعاة الثلث:

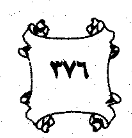
بينا مذهب الحنفية في وقت ثبوت الملك للموصى له وأنهم يرون أن الملك يثبت له عند الموت كما تبينت مما ذكرنا آنفا أن الملك إنما يثبت فيما يخرج من ثلث التركة على حسب تقويمها هي والموصى به عند القسمة



والتسليم وأنه إنما يستقر في هذا القدر لا فيما زاد عليه إلا بإجازة الورثة على ما شرحناه فيما سبق. وكان مقتضى ذلك أن يكون حكم نماء الموصى به أو نماء ما ملكه الموصى له بالوصية وكذلك نماء باقي التركة مبينا على هذا الأساس، فما حدث من إنماء مطلقا قبل موت الموصي معدود من أمواله وما حدث من النماء بعد موت الموصي وبعد القسمة والتسليم يكون لمالك أصله خالصا له سواء أكان موصى له أو وارثها وما حدث من النماء بين موت الموصي وقبل التسليم يخلص للموصى له إن كان نماء لما ملكه بالوصية، ويخلص للورثة إن كان نماء لما ورثوه بعد الوصية، ولكنهم خرجوا عن هذا الأصل في الحال الأخيرة وبنوا رأيهم فيها على أصلين:

أحدهما: أن ما يتركه الموصي من الأموال في هذه الفترة يبقى على حكم ملكه، وبناء على ذلك يعتبر نماؤه من التركة عند تقويمها سواء أكان نماء لما أوصى به أم كان نموه لغيره.

ثانيهما: أن نماء الموصى به وإن حدث في هذه الحال بعد أن تملكه الموصى له لهذا النماء إذا ثبت فإنما يثبت تبعا لملك أصله وملك أصله مضاف ومستند إلى كلام سابق هو الإيجاب بالوصية فكان هو كذلك مضافا إليه واعتبر لذلك من الموصى به، وترتب على ذلك لزوم خروجه مع أصله من الثلث. ذهب إلى ذلك عامة الحنفية وخالف فيه بعضهم فقال لا يعتبر خروجه من الثلث كما لو حدث بعد القسمة لأنه نماء مال مملوك للموصى له فكان له الأصل والتبع، وقال عامة الحنفية: إن ملك الأصل وإن كان ثابتا حين حدوث النماء لم يستقر ولم يتأكد، ألا يرى أنه لو هلك ثلث التركة قبل القسمة والتسليم بحيث أصبح الموصى به لا يخرج من ثلث المال بعد ذلك لم يكن للموصى له منه إلا ما يخرج من ثلثه بعد الهلاك - ويستوي في ذلك عندهم أن يكون زيادة منفصلة متولدة من الأصل أو في معنى المتولدة كالولد والأرش والعقر أو زيادة غير متولدة من الأصل رأسا كالكسب والغلة، أما الزيادة المتصلة فهي من أصلها كالجزء منه فحكمها حكم جزئه.



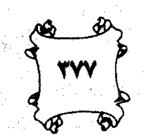
وعلى هذا إذا خرج الموصى به مع نمائه من الثلث سلما للموصى له وإذا لم يخرجا جميعا من الثلث فعند أبي حنيفة يعطى للموصى له الموصى به أولا فإن فضل من الثلث شيء أخذه الموصى له من نمائه.

وعند أبي يوسف ومحمد يعطى له ما يخرج من الثلث منهما جميعا بقدر الحصص.

فإذا أوصى شخص لآخر ببقرة فولدت بعد موت الموصي وقبل أن يتسلمها الموصى له وكانت قيمتها ستين جنيها وقيمة التركة جميعها مائة وثمانين جنيها وولدت ولدا يساوي اثنى عشر جنيها فإن ثلث التركة في هذه الحال يبلغ ٦٤ جنيها وعلى ذلك يعطى الموصى له عند أبي حنيفة البقرة وثلث ولدها ويكون للورثة ثلثا الولد - وعندهما يعطى من البقرة والولد جميعا ثمانية أتساعهما وهو ما يقابل ٦٤ جنيها من قيمتهما معا وتسعهما يكون للورثة.

وجه قولهما أن الزيادة إذا جعلت موصى بها صارت كالموجود عند عقد الوصية فيعطى الموصى له الثلث منهما جميعا وما قد يرد على ذلك من أن فيه تغييراً لحكم العقد في الأصل وهو تملك البقرة جميعها لا يضير، ألا يرى أن هذا جائز غير ممنوع كما في الزيادة المتصلة سمنت البقرة حتى صارت قيمتها اثنين وسبعين جنيها والتركة بحالها فإنه لا يكون للموصى له في هذه الحال من البقرة إلا ما يحمله ثلث التركة فقط وذلك بعض البقرة لا جميعها.

ووجه قول أبي حنيفة أن القول بانقسام الثلث على الأصل والزيادة إضرار بالموصي له من غير ضرورة وهذا لا يجوز. وبيان ذلك أن حكم الوصية قبل حدوث الزيادة بمقتضى الإيجاب كان هو سلامة البقرة جميعها للموصى له وبانقسام الثلث عليهما أصبحت البقرة مشتركة للموصى له ثمانية أتساعها وللورثة تسعها والشركة في الأعيان عيب يتضرر به الموصى له ولا ضرورة لتحمل هذا الضرر لإمكان تنفيذ الوصية في الأصل ابتداء بخلاف



الزيادة المتصلة فإن الضرورة عندها متحققة لتعذر تنفيذ الوصية في الأصل بدون زيادته فمست الضرورة إلى القول بالاشتراك[1].

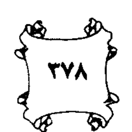
٢- أما المالكية فلهم في هذه الحال التي بيناها وهي حال حدوث النماء بعد الموت وقبل القبول ثلاثة أقوال بنيت على آراء ثلاثة في الوقت المعتبر لنفاذ الوصية - فمن ذهب إلى أنه وقت القبول رأى أن النماء لا يكون للموصى له في هذه الحال بل يعد من التركة لأنه حدث قبل القبول الذي هو شرط في نفاذ الوصية إذ إنه حدث قبل وقت نفاذها.

ومن ذهب إلى أنه وقت الموت رأى أن النماء للموصى له في هذه الحال لأنه نماد عين مملوكة له فيخلص له نماؤها ولا يعد من التركة ذلك لأن ملك الموصى له للموصى به يثبت عن الموت.

ومن ذهب إلى أن المعتبر في نفاذها الأمران معا وهما الموت والقبول وجعل القبول شرطا في نفاذها ووقت الموت بداية للتملك بها ألحق هذا النماء الحادث المنفصل بالنماء المتصل بالموصى به المتولد منه فاعتبرها من الموصى به وبنى على ذلك لزوم خروجها من الثلث مع الأصل ولم يجعلها من التركة مراعاة لحدوثها بعد وقت الملك ولا للموصى له مراعاة لحدوثها قبل قبوله الذي يعد شرطا في نفاذها فيعطى الموصى له الأصل أولا وما يزيد عليه إلى الثلث يكون في النماء.

وعلى هذا إذا أوصى شخص لآخر ببستان يساوي ألف جنيه وذلك ثلث ماله ثم حدثت فيه غلة بعد الموت وقبل القبول تساوي ثلاثمائة جنيه فأصبح البستان بغلته يساوي ثلاثمائة جنيه وألف، والتركة ثلاثة آلاف جنيه وثلاثمائة. ثلثها ألف ومائة فإن الموصى له يكون له من ذلك البستان وثلث غلته كما يستفاد ذلك من حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، وهذا ما اختاره سحنون

(١) راجع البدائع جـ ٨ ص ٣٨٥.



وقيل: إنه أعدل الأقوال الثلاثة. أما على مراعاة وقت الملك فإن البستان بثماره يكون للموصى له ولا تعد ثماره موصى بها بل نماء ملكه وعلى القول بمراعاة القبول وحده يكون البستان للموصى له فقط ولا يستحق شيئا من ثماره[1].

أما الشافعية فقد علمت أن تقويم الموصى به يكون وقت الموت. وعلى ذلك لا يعد من الوصية ما يحدث له من النماء بعد ذلك بل يكون للموصى له باعتباره نماء ملكه إذا ما خرج الموصى به من الثلث خالصا له لأنه نماء ملكه، مع مراعاة أن يكون هذا النماء نماء لما نفذت فيه الوصية وهو ما وسعه الثلث. وعلى ذلك لا يحتسب من الثلث وإذا لم يحتسب من الثلث لم يحتسب كذلك من التركة.

أما الزيدية فإنهم يرون أن الوصية تتم بالموت ولا تتوقف على القبول وإن ارتدت بالرد وعلى هذا نماء الموصى به بعد الموت يكون للموصى له ولا يحتسب من الموصى به[2].

أما غير هؤلاء من الحنابلة والشيعة الجعفرية فإنهم يرون أن كل ما يحدث من نماء منفصل بعد الموت وقبل القبول فهو للورثة؛ لأن وقت تملك الموصى له عندهم هو وقت القبول ولا ملك له قبله. وعلى ذلك يكون ما يحدث من النماء قبله من التركة وهذا هو المشهور عند الحنابلة. أما المتصل فيعتبر جزءا من أصله... وقد جاء في المغني إذا حدث للموصى به نماء منفصل بعد موت الموصي وقبل القبول كالثمرة أو النتاج والكسب فهو للورثة على المشهور. وعلى الوجه الآخر الذي يجعل ملك الموصى له من وقت الموت يكون ذلك للموصى له لا للورثة[3]. وهذا لا ينافي أنهم إنما يعتبرون ثلث التركة وقيمته عند الموت لا عند القبول فالموصي به هو ما يساويه عند الموت ولا يملكه الموصى له إلا بقبوله.

---

(١) راجع حاشية الدسوقى جـ٤ ص ٣٧٧، ٣٧٨.

(٢) البحر الزخار ٣٠٥، ٣٠٩ جـ ٥.

(٣) المغنى جـ ٦ ص ٤٤٣.

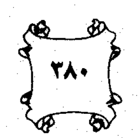


أما القانون فقد جاء في المادة ٢٥ منه ما يفيد أن الموصى له إذا كان موجودا عند موت الموصي استحق الموصى به أثر موته إلا إذا نص الموصي على بداية ملكه وحدد لها وقتا فعند ذلك يثبت الملك له من ذلك الوقت لا قبله. ثم نص على أن زوائد الموصى به ونماءه من حين الملك إلى قبول الموصى له أي في الفترة بين ثبوت ملكه الذي بينا وبين قبوله يكون للموصى له ولا يعد من التركة ولا يحتسب في الوصية فلا يقوم في الثلث بل يكون خالصا للموصى له باعتباره نماء ملكه. وهذا الرأي يتفق مع أحد الأقوال في مذهب مالك وهو رأي الشافعية ولا يتفق مع رأي الحنفية ولا مع رأي الحنابلة ومن ذهب مذهبهم.

ولكن يلاحظ أن القانون لم يتعرض صراحة كما قلنا للوقت الذي تقوم فيه التركة ويتحدد ثلثها: أهو وقت التنفيذ كما ذهب المالكية والحنفية، أم يراعى وقت الموت بالنسبة للموصى به وأقل قيمة وصلت إليها التركة فيما بين الموت والتسليم كما ذهب الشافعية، أم وقت الموت كما ذهب الحنابلة والزيدية والشيعة الجعفرية. وإذا كان المنصوص عليه في المذكرة الإيضاحية أن ما لم يتعرض له في القانون يكون الحكم فيه على وفق مذهب الحنفية كانت النتيجة أن المعتبر في ذلك هو وقت التنفيذ بالنسبة للتقويم، ولكن بالنسبة إلى الزيادة اختار القانون مذهب الشافعية والزيدية.

الوصية بما زاد على الثلث:

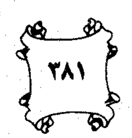
أشرنا فيما مضى إلى الوصية بما زاد على الثلث وإلى الوصية للوارث عند جمهور الفقهاء، وذكرنا آراء الفقهاء فيهما، وفصلنا ما ارتآه الجمهور في نفاذهما بالإجازة. وفصلنا القول في الإجازة ووقتها وشروطها وآراء الفقهاء في ذلك. وذكرنا أن وصية من لا وارث له بأكثر من الثلث نافذة لا تتوقف على إجازة أحد ولا على إجازة بيت المال على ما ارتآه الجمهور ونقل عن ابن مسعود وعبيدة ومسروق وإسحق وأهل العراق وبه أخذ قانون الوصية. وأنها في رأي آخر لا تجوز أيضا في هذه الحال إلا بالثلث. وبه قال مالك



والأوزاعي والشافعي وابن شبرمة والعنبري. وأشرنا إلى أنه لا فرق في ذلك بين أن يكون الوارث الموجود صاحب فرض أو عصبة أو ذا رحم. وظاهر كلام الخرقي من الحنابلة أن وجود ذي الرحم لا يمنع الوصية بأكثر من الثلث لأن إرثه كالفضلة والصلة فلا يتقدم الوصية بأكثر من الثلث.

هذا، ويلاحظ أن قانون الوصية رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ جعل مرتبة الوصية بما زاد على الثلث عند إجازتها من الورثة في مرتبة الوصية بالثلث. وعلى ذلك تقدم على الميراث بجميع أسبابه. أما إذا لم يجزها الورثة فإنها تبطل. وقد أشرنا إلى هذا فيما سبق كما أشرنا آنفا إلى جوازها ونفاذها إذا لم يكن للموصي ورثة. ويقضي مع ذلك قانون الميراث بأن حق المقر له بالنسب الذي فيه تحميل على غير المقر مقدم من التركة كذلك على الوصية بما زاد على الثلث فإذا كان الموصي بأكثر من الثلث قد أقر لشخص بالأخوة مثلا لم تنفذ وصيته بما زاد على الثلث إلا بإجازة ذلك الأخ المقر له.

وكذلك يلاحظ أن هذا القانون قد اختار رأي من ذهب إلى الرد على الزوجين وجعل الرد في مرتبة تلي ميراث ذوي الأرحام. فخالف بذلك مذهب الحنفية القاضي بأنه لا يرد على أحد الزوجين مطلقا. وتبع ذلك بداهة أن الوصية بما زاد على الثلث عند انحصار الورثة في أحد الزوجين لا تنفذ في قليل ولا كثير إلا بإجازته وذلك لاستقلاله بالتركة فرضا وردا عند انعدام باقي الورثة من أصحاب الفروض والعصبات النسبية وذوي الأرحام، بينما يرى أن الوصية بما زاد عن الثلث عند وجود أحد الزوجين فقط تنفذ فيما لا يمس فرضه الذي كتبه الله له عند من يرى عدم الرد على أحد الزوجين من الفقهاء ومنهم الحنفية كما ذكرنا، وعلى ذلك يكون إيصاء أحد الزوجين لصاحبه إذا لم يكن له وارث سواه غير مفيد لأن التركة جميعها له حينئذ فرضا وردا سواء أوصى له أم لا. وإنما يظهر أثر الوصية له إذا ما أوصى لآخر معه فإذا أوصى لهما بالثلث كان الثلث بينهما ثم يكون لأحد الزوجين فرضه فيما بقي بعد



الثلث وما بقي رد عليه وحده. وكذلك الحكم إذا كانت الوصية لهما بأكثر من الثلث مع عدم الأجازة لبطلان الوصية فيما زاد عليه.

وقد جاء في الزيادات عن محمد: إذا توفيت امرأة عن زوج لا وارث لها سواه وأوصت بنصف ما لها لأجنبي ولم يجز الزوج كان ثلث المال للموصى له ابتداء وللزوج نصف ما بقي فرضا وهو ثلث المال، أما الثلث الباقي فيؤخذ منه ما يكمل الوصية لخلوصه من تعلق حق للورثة، ولذا يؤخذ منه السدس للموصى له بالنصف والسدس الباقي لبيت المال. وعلى ما ذهب إليه القانون يكون هذا الثلث جميعه للزوج ردا - وجاء فيها: إذا توفيت امرأة عن زوجها ولا وارث لها سواه وقد أوصت له بنصف مالها كان المال كله للزوج نصفه بحكم الميراث فرضا ونصفه الآخر وصية؛ ذلك لأن الوصية للوارث ضعيفة فتؤخر عن الميراث كالوصية للقاتل. وإذا أخرت عنه أخذ الزوج فرضه من جميع المال وبقي نصف المال تركة لا مستحق له فتنفذ فيه الوصية. ولا محل لأن يقال إن الوصية للزوج إذا ما نفذت تقدمت الميراث إذ لا يرفض وصية لنفسه؛ لأن الإجازة إنما تكون فيما ليس له ولا يستحقه، أما ما يستحقه فليس محلا للإجازة ولهذا بدئ بالميراث - والحكم في هذه المسألة على ما ذهب إليه القانون لا يختلف في النتيجة لما ذكرنا آنفا.

الوصية بالمجهول:

أشرنا فيما مضى إلى أن الوصية بالمجهول صحيحة عند الجمهور، ولم نر في كتب المذاهب الأربعة ما يدل على بطلانها. ولكن جاء في كلام ابن حزم في المحلى ما يفيد أنه يرى بطلان الوصية بالمجهول حين لم يرتض ما ذهب إليه ابن شهاب من صحة الوصية لإنسان بغنم مدة حياته وأن له منها بناء على ذلك ألبانها وأصوافها وأولادها مدة حياته فقط وأن يأكل منها بقدر ما كان ربها يأكل منها. فقد ذكر ابن حزم أن ذلك إيصاء بمجهول وأنه في غاية البطلان، وكذلك رد ما نقل عن معمر من صحة الوصية لإنسان بنفقته إذ



قال: إن ذلك خطأ لأنه وصية بمجهول لا يعرف فهو باطل. وجاء في شرح النيل أن فريقا من الإباضية يرون عدم صحة الوصية بالمجهول.

وجملة القول في صحتها: أنها إنما صحت لأن الجهالة فيها لا تفضي إلى نزاع، وفي الإمكان إزالتها بعرف أو قرينة أو بيان يصدر من الموصي في حياته أو من الورثة أو من الحاكم إن لم يكن ورثة. ولقد ذكر الفقهاء كثيرا من مسائل الوصية بالمجهول، واختلفوا في بيان المراد منه تبعا لاختلافهم في العرف ودلالة الألفاظ إذ لم يكن ورثة. ولقد ذكر الفقهاء كثيرا من مسائل الوصية بالمجهول واختلفوا في بيان المراد منه تبعا لاختلافهم في العرف ودلالة الألفاظ إذا لم يكن عرف ولا قرينة. وليس من المفيد أن نتعرض لهذا الخلاف ونكتفي بذكر ما ذهب إليه المالكية: من أنهم لا يفرقون بين الوصية بجزء أو بنصيب أو بسهم وأن الموصي إذا لم يبين كان للموصى له جزء من التركة اختلفوا في مقداره فقال أصبغ: له سهم من سهام الفريضة قلّت السهام أو كثرت، واختار هذا ابن عبد الحكم. وقال أشهب: له الثمن لأنه أقل سهم ذكر في الكتاب. وقيل: له السدس لأنه أقل سهام الفريضة. ومن الحنابلة من قال: يكون له سهم من سهام التركة التي صحت عليها قسمتها بين الورثة فإذا كانت تصح من ٦ كان له سهم من ٧ وهكذا. ولم يتعرض القانون لبيان حكم الوصية بالمجهول فكان المذهب الواجب التطبيق مذهب الحنفية الذي أشرنا إليه فيما مضى.

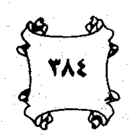
جاء في الفتاوى الهندية: ولو أوصى بسهم من ماله أو بجزء من ماله قيل للورثة أعطوه ما شئتم. وهذا الذي اختاره المشايخ بناء على ما عرفناه من أن السهم كالجزء. أما أصل الرواية فبخلافه. فذكر في المبسوط: إذا أوصى بسهم لرجل من ماله فله أخس سهام الورثة إلا أن يكون أقل من السدس فحينئذ يعطى السدس فعلى رواية الأصل جوز أبو حنيفة النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس. وعلى رواية الجامع الصغير جوز الزيادة على



السدس ولم يجوز النقصان عن السدس وقالا: يعطى للموصى له أخس سهام الورثة إلا أن يزيد على الثلث فحينئذ له الثلث كذا في الكافي.

ولو أوصى لرجل بسهم من ماله ثم مات ولا وارث له فله النصف؛ لأن بيت المال بمنزلة الابن فصار كأن له ابنين فيكون بينهما مناصفة. كذا في محيط السرخسي، ويلاحظ أن جامع الفتاوى لم يذكر رواية الأصل ورواية الجامع الصغير ليتضح لنا الخلاف بينهما كما لم يذكرهما صاحب الهداية ولا صاحب العناية وقد ذكرهما صاحب البحر فقال. قال في الجامع الصغير له أخس سهام الورثة إلا أن يكون أقل من السدس فحينئذ يعطى له السدس، وهي تفيد بمفهومها أن أقل سهام الورثة إذا كان أكثر من السدس أعطي للموصى له فيزيد حينئذ سهمه على السدس ثم قال: وقال في الأصل له أخس سهام الورثة إلا أن يكون أكثر من السدس فلا يزاد عليه وهي تفيد صراحة أنه لا يعطى أكثر من السدس وإنما يعطى أقل السهام وإن نقص عن السدس - ومن الواضح أن الخلاف بين الروايتين بين. فإما أن يكون النقل في إحداهما خطأ أو أنه رجع عما صدر منه أولا - وإذا راعينا ما ذكره صاحب الهداية من أن السهم هو السدس كانت عبارة الأصل هي الأقرب إلى الصحة.

وليس يفوتنا أن ننبه إلى أن بيان الورثة حينما يكون لهم البيان يجب أن يكون في حدود ما تدل عليه العبارة وألا يكون بيانا بما هو عديم الفائدة؛ لأن الموصى لم يكن عابثا - كما أن إسناد البيان إليهم قد يترتب عليه كثير من المشكلات فقد يمتنع بعضهم عن البيان أو يمتنعون جميعا ولا سبيل إلى إرغامهم وقد يختلفون في البيان ولم يتعرض الحنفية لحل هذه المشكلات إذا حدثت؛ ولذا كان من المصلحة القول ببطلان الوصية بالمجهول إلا إذا اتصل بها بيان من الموصي أو من الورثة جميعا.



الوصية بمثل نصيب وارث:

تجوز الوصية بمثل نصيب أحد الورثة اتفاقا وأما ما جاء فيها من خلاف في بعض المسائل أو في طريقة التنفيذ فمرده إلى اختلاف الفقهاء في دلالة عبارة الوصية وما يفهم منها كما سيتضح عند ذكر مسائلها وعرض هذا الخلاف فيها.

هذا، والوارث الذي يوصي بمثل نصيبه قد يكون معينا كأن يوصي شخص لآخر بمثل نصيب ابنه أو ابنته وقد يكون غير معين كأن يوصي شخص بمثل نصيب أحد ورثته دون تعيين أحدهم. فإذا لم يعين الموصي ما أوصى بمثلث نصيبه من الورثة فإن كان ورثته متساوين في حظوظهم من التركة كان للموصى له مثل حظ أحدهم. وعلى ذلك إذا كان ورثة هذا الموصي ثلاثة أبناء أو أربعة إخوة كان للموصى له في المسألة الأولي ربع التركة وفي الثانية خمسها. وإذا كان الموصي قد توفي عن ثلاث زوجات وثماني أخوات شقيقات وأخ لأب فإن لزوجاته الربع ولأخواته الثلثان وللأخ الباقي تعصيبا ويكون مجموع السهام اثني عشر سهما للزوجات ثلاثة أسهم لكل زوجة سهم وللأخوات ثمانية أسهم لكل أخت سهم وللأخ سهم واحد وعندئذ يكون للموصى له سهم كأحدهم فتقسم التركة ثلاثة عشر قسما لكل منهم قسم. وهذه لا خلاف فيها بين الفقهاء. وذلك ما جاء في م٤١ من القانون(١).

وإن اختلفت حظوظ ورثته من التركة وقد أراد الموصي أن يكون حظه كأحدهم ولا سبيل إلى تعيينه فقد اختلف الرأي: فمن الفقهاء من رأى أن يكون للموصى له مثل أقل حظ من حظوظهم لأنه المقدار المشترك بين كل الأنصباء فكان له على سبيل اليقين وأما ما يزيد عليه فهو محل احتمال

---

(١) المادة ٤١ إذا كانت الوصية بنصيب وارث غير معين من ورثة الموصي أو بمثل نصيبه استحق الموصى له نصيب أحدهم زائد على الفريضة إن كان الورثة متساويين في الميراث وقدر نصيب أقلهم ميراثا زائدا على الفريضة إن كانوا متفاضلين.

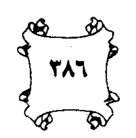


فأعطى القدر المحقق. وإلى هذا ذهب الجمهور وبه أخذ قانون الوصية في المادة ٤١ فإذا توفي الموصي عن بنين له وبنات كان للموصى له مثل نصيب بنت أي يكون له من السهام عدد مساو لسهام البنت يضاف إلى مجموع سهام الوارثين. وإذا توفيت عن زوج وأختين شقيقتين وأم وأربعة إخوة لأم كان للموصى له سهم واحد يضاف إلى سهام التركة؛ ذلك لأن للزوج الربع أربعة أسهم وللأختين الثلثان ثمانية أسهم وللأم السدس سهمان وللإخوة الأربعة الثلث أربعة أسهم لكل أخ سهم ومجموع ذلك سبعة عشر يضاف إلى ذلك سهم للموصى له فيكون المجموع ثمانية عشر.

ومن الفقهاء من جعل له حظا يساوي ما يكون لأحد الورثة إذا قسمت التركة على رءوسهم ففي المسألة السابقة عدد ورثة الموصي ثمانية إذا قسمت التركة على رءوسهم كان لكل سهم فيكون للموصى له سهم يضاف إلى الثمانية فيكون له تسع التركة. وإلى هذا ذهب مالك لأن العمل بما تدل عليه عبارة الموصي متعذر ولا يتصور منه إرادة ما هو متعذر غير ممكن فوجب المصير إلى التسوية بينهم جميعا بوصف أنهم جميعا مستحقون وذلك ما يقضي بأنهم متساوون في أصل الاستحقاق فيكون الموصى له مثلهم في ذلك وتقسم التركة بينهم على هذا الاعتبار.

وهذا المذهب محل نقد لأنه عمل بما لا تدل عليه عبارة الوصية ولا لفظ الموصي والمصير إليه لا يحقق مساواة الموصى له بواحد من الورثة ولا يحقق إلا خلافا لما دل عليه كلام الموصي. والمتأمل في هذا الخلاف يرى أنه يرجع إلى تحقيق ما يمكن أن يستفاد من عبارة الوصية بقدر الإمكان حسب اختلاف الفهم.

وإذا عين الموصي ما أوصى بنصيبه فقد يكون موجودا وقد يكون غير موجود فإذا كان موجودا وذلك كأن يوصي شخص لآخر بنصيب ابنه أو بمثل نصيب ابنه ففي ذلك صورتان:



الصورة الأولى: أن يوصي بنصيب ابنه أو بنصيب ابنته لشخص آخر وفي هذه الحال اختلف الفقهاء، ذهب أبو حنيفة وصاحباه والزيدية إلى بطلان هذه الوصية؛ ذلك لأنها وصية بما أوجبه الله تعالى لغير الموصى له من ابن أو بنت أو خلافه وما فرضه الله لإنسان لا يملك الموصي أن يجعله لإنسان آخر فيحوله عن موضعه الذي وضعه الله فيه وهذا قول أصحاب الشافعي والقاضي من الحنابلة.

وذهب فريق آخر إلى صحة هذه الوصية لأن المعنى المراد منها هو الوصية بمثل نصيب هذا الوارث المعين لا بنفس نصيبه وبعيد أن يراد بها ذات النصيب؛ ذلك لأن حق الوارث في الثلثين إذا كان قد منع الموصي أن يوصي فيهما فأولى أن يمنعه من أن يوصي به نفسه لغيره، وإنما المعنى الإيصاء بمثله وإلى هذا ذهب مالك وفقهاء المدينة وأهل البصرة وزفر وابن أبي ليلى وداود وبه أخذ قانون الوصية، ذلك لأنه وإن اقتصر في مادته ٤٠ على ذكر الوصية بمثل نصيب وارث معين دون ذكر الوصية بنصيبه فلأنه جرى على الوصية بالنصيب وصية بمثله فكانت عبارته صادقة بالأمرين جميعا بدليل أنه في المادة التالية ٤١ ذكر أن الوصية بنصيب وارث غير معين من ورثة الموصي أو بمثل نصيبه في معنى واحد وأن الموصى له يستحق بها نصيب أحدهم زائدا على الفريضة إن كانت حظوظ الورثة متساوية في التركة كما قدمنا. وقد جاء في مذكرته الإيضاحية أن الإيصاء بنصيب الابن أو بمثل نصيبه صحيح يترتب عليه أن يزاد مثل سهمه في الحالين على سهام فريضة التركة ليكون للموصى له ويكون الباقي للورثة.

وقد جاء في تقرير لجنة العدل بمجلس الشيوخ: كان أصل المادة ٤٠ كما قدمته الحكومة إذا كانت الوصية بنصيب وارث أو بمثل نصيبه وترى اللجنة أن هاتين العبارتين بمعنى واحد؛ ولذا ترى الاقتصار على إحداهما والاكتفاء بعبارة (بنصيب وارث معين) على أساس أن هذه العبارة تتناول الحالين - وهذا الخلاف كما يرى مرجعه إلى فهم عبارة الوصية.



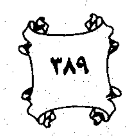
وإذا صحت الوصية بنصيب وارث معين موجود على هذا الرأي فإنه يترتب عليها أثرها - وفي بيان هذا الأثر ذهب مالك ومن رأى رأيه إلى أن الإيصاء بالنصيب وفي حكمه الإيصاء بمثله إيصاء بقدره فيكون للموصى له في التركة سهام بقدر ما لذلك الوارث الذي أوصى بمثل نصيبها يعد إيصاء بقدر ما يكون لها من التركة أي أنه يعد إيصاء بالنصف إن كانت واحدة ومعها ورثة آخرون أو كان معها بنت واحدة أخرى فقط إذ تكون التركة كلها لها مناصفة ويعد إيصاء بالكل إن انفردت بالوارثة والإيصاء بنصيب الابن يعد إيصاء بجميع التركة إن كان منفردا أو بالباقي بعد ذوي الفروض إن كان معه صاحب فرض أو النصف إن كان معه ابن آخر فقط أو بثلث المال إن كان معه ابنان آخران فقط وهكذا مع ملاحظة أن ما زاد على الثلث تتوقف الوصية به على الإجازة. وبناء على ذلك إذا أوصى شخص لآخر بنصيب ابنه أو بمثل نصيبه وتوفي عن ابن واحد كان ذلك وصية بكل المال وإن توفي عن ابنين كان للموصى له نصف المال عند الإجازة وإلا كان له الثلث وإن توفي عن ابن وصاحب فرض كان ذلك وصية بالباقي من التركة بعد أصحاب الفروض ولا يجعل كالوارث حتى يزاد له على سهام الورثة مثل سهام الوارث الذي أوصى بمثل نصيبه إلا إذا قال الموصي اجعلوه وارثا مع أبنائي أو ما في معنى ذلك فيكون كواحد منهم. وتقسم التركة على أربعة أبناء إن كان له ثلاثة أبناء ولم يكن للموصي سواهم وإلا قسم باقي التركة عليهم إن كان معهم صاحب فرض. وإذا كان له ثلاثة أبناء وثلاث بنات كان كرابع مع الأبناء، ولو كانت الوصية لأنثى وقال أنزلوها منزلة البنات كانت كرابعة معهن وهكذا. ذلك لأنه قد أوصى بقدر نصيب الابن قبل الوصية ونصيبه قبلها إن انفرد هو بجميع المال تعصيبا وإن كان معه ابن آخر كان نصيبه نصف المال مع أخيه وإن كان معه صاحب فرض كان نصيبه الباقي من المال بعد صاحب الفرض فكانت الوصية بذلك وكان هذا ما دل عليه كلامه فإن وسع ذلك الثلث نفذت وصيته أجاز الورثة أم لم يجيزوا وكان الباقي بعدها بين الورثة. وإن زاد ذلك على

الثلث فأجاز الورثة الوصية نفذت وكان الباقي بعدها إن وجد باق لهم وإلا لم يكن لهم شيء. وإلى هذا ذهب أيضا ابن أبي ليلي وداود وزفر.

الصورة الثانية: أن يوصي بمثل نصيب ابنه أو ابنته أو أي وارث آخر معين وفي هذه الحال اختلف أيضا الفقهاء. ذهب الشافعي والنخعي والشعبي والثوري وأحمد وأهل الرأي والزيدية إلى أن الوصية في هذه الصورة وأمثالها وصية بمثل نصيب الوارث المعين على معنى أن يكون للموصى له من التركة مقدارها لهذا الوارث منها بحيث لا يترتب عليها حرمانه من التركة بل يكون لكل منهما نصيبه منها. وطريق الوصول إلى ذلك أن يضم إلى سهام الورثة للتركة سهام للموصى له بقدر ما للوارث الذي أوصى بمثل نصيبه من سهام. فإذا أوصى شخص لآخر بمثل نصيب ابن له وتوفي عن ثلاثة أبناء كان للموصى له سهم يضاف على أسهم الأبناء الثلاثة وتقسم التركة على مجموع السهام فيكون للموصى له ربع التركة. وإذا توفي الموصي عن اثنين كان للموصى له ثلث التركة، وإذا توفي عن ابن واحد لا وارث معه كان للموصى له نصف التركة وإذا توفي عن بنت وقد أوصى لآخر بمثل نصيبها كان للموصى له نصف التركة إن أجازت الورثة وذلك بقسمة التركة على سهمين أحدهما للبنت وآخر للموصى له. وإذا توفي عن ابن وبنت وقد أوصى لآخر بمثل نصيب بنته قسمت التركة على أربعة أسهم سهمان للابن وسهم للبنت وسهم للموصى له. وإذا كانت الوصية بمثل نصيب الابن قسمت التركة على خمسة أسهم إذ يكون للموصى له سهمان وهكذا، وذلك ما تدل عليه المادة ٤٠ من القانون ونصها: إذا كانت الوصية بمثل نصيب وارث معين من ورثة الموصي استحق الموصى له قدر نصيب هذا الوارث زائدا على الفريضة.

ويتحقق هذا بزيادة أسهم الورثة في التركة بقدر ما للموصي بمثل نصيبه من السهام لحساب الموصى له.

وذهب مالك ومن رأى رأيه إلى ما ذهبوا إليه من حكم في الصورة الأولى. وجه قول الجمهور أن الموصي قد جعل نصيب الوارث المعين معيارا



لما أوصى به وذلك يقتضي التسوية بين الموصى له وذلك الوارث في التركة ولا يقتضي حرمانه منها لأن الوصية بمثل الشيء وصية بشيء آخر مساو له أو مماثل وذلك يقتضي بقاءهما جميعا بحيث لا يزيد أحدهما على الآخر، فإذا أوصى لشخص بمثل نصيب ابن معين وتوفي الموصي عن ثلاثة أبناء كان معني ذلك أن يكون الموصى به مساويا لنصيب هذا الوارث المعين ولا يتحقق ذلك إلا بقسمة المال على أربعة أسهم بزيادة سهم للموصى له على أسهم البنين الثلاثة. ولو أعطى ثلث التركة كما ذهب مالك لكان في ذلك تغيير للوصية إذ لم تكن حينئذ بمثل ما أعطى لهذا الوارث بل أكثر منه، ويرى مالك أن هذه العبارة لا تقتضي المساواة في الإعطاء وإنما تقتضي المساواة في القدر بين ما للوارث في أصل التركة بحسب الميراث وما للموصى له بالوصية.

ومن هذا يرى أن الخلاف في ذلك مرده إلى فهم عبارة الوصية كما قدمناه.

وعليه إذا توفي شخص عن زوجة وأختين شقيقتين وأخت لأم وأم وأخت لأب موصى لها بمثل نصيب إحدى الأختين الشقيقتين وتركة مقدارها ١٩٠ جنيها فإنه يكون للموصى لها من هذه التركة ٤٠ جنيها. وبيان ذلك أن للزوجة الربع ٣ أسهم وللأختين الثلثان ٨ أسهم لكل بنت ٤ أسهم وللأم السدس سهمان وللأخت لأم السدس سهمان فجملة الأسهم بعد العول ١٥ سهما يضاف إليها ٤ أسهم للموصى لها وهو مقدار ما لكل أخت من الشقيقتين فتكون جملة الأسهم ١٩ سهما، ويكون مقدار السهم ١٠ جنيهات فيكون للموصى لها ٤٠ جنيها من التركة. أما على رأي مالك فإنه يكون للموصى لها ثلث التركة كاملا أي ثلث ١٩٠ جنيها.

وإذا كان الوارث الموصي بمثل نصيبه غير موجود وقد فرض الموصي وجوده كأن يوصي لشخص بنصيب بنت لو كانت، أو بمثل نصيب بنت لو كانت فالحكم لا يختلف في ذلك عند مالك عما تقدم - أما عند الجمهور وأهل الرأي فإن الحكم بين هاتين الصورتين لا يختلف إلا في أمر واحد هو

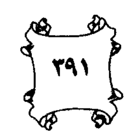


أنه عند الإيصاء بنصيب وارث لو كان فإنه بعد تعرف سهام هذا الوارث تضاف مثلها إلى سهام التركة للموصى له، فإذا أوصى شخص لآخر بنصيب ابن له لو كان ومات عن بنت فقط فإنه يفرض معها ابن فيكون له معها سهمان من ثلاثة وعليه يكون للموصى له سهمان يضافان إلى سهم البنت فيكون موصى له بثلثي التركة. أما عند الإيصاء بمثل نصيب وارث لو كان بأن أوصى في المسألة السابقة بمثل نصيب ابن لو كان فإنه يفرض وجود ابن مع البنت أيضا يكون له معها سهمان ويكون للموصى له سهمان آخران مماثلان لسهمي الابن الذي افترض وجوده فيكون للموصى له في هذه الحال سهمان من خمسة لا سهمان من ثلاثة كما في الحال السابقة؛ وذلك لأن مثل الشيء غيره وإعطاء الموصى له مثل نصيب ابن يقتضي افتراض وجود الابن وله عندئذ نصيبه وهو سهمان، ثم إعطاء الموصى له نصيب آخر مماثل لنصيب هذا الابن وهو سهمان، وعلى ذلك تكون المسألة من خمسة أسهم وذلك لافتراض وجود ابن له سهمان مع البنت ثم إضافة سهمين للموصى له على هذه السهام فيكون المجموع خمسة - هذا هو الفرق بين الصورتين عند الجمهور.

ولم يتعرض القانون لهذه الصورة ولكن المذكرة الإيضاحية تعرضت لها إذ جاء فيها: إن أوصى بنصيب ابنه أو بمثل نصيب ابنه أو بنصيب ابن له لو كان أو بمثل نصيب ابن له لو كان سواء أكان له ابن أم لم يكن فإنه يفرض وجود ابن يزاد سهمه فريضة التركة ويكون نصيبه للموصى له والباقي للورثة يقسم بينهم على حسب فرائضهم.

ويلاحظ أن المذكرة لم تفرق في الحكم بين أن تكون الوصية بنصيب ابن لو كان وأن تكون بمثل نصيب ابن لو كان ولكن المنصوص عليه في كتب الحنفية والحنابلة هو ما ذكرناه من الفرق.

ففي الهندية نقلا عن الطحاوي، إذ أوصى بمثل نصيب ابن وله ابن صار للموصى له نصف المال إن أجاز الابن، وإن لم يجز فللموصى له الثلث.



وإن كان له ابنان فإن المال يكون بينهم أثلاثا ولا يحتاج إلى الإجازة، ولو أوصى بمثل نصيب بنته وله بنت واحدة يكون للموصى له نصف المال كذلك إن أجازت البنت وإن لم تجز فالثلث، وإن كان له بنتان والمسألة بحالها فللموصى له ثلث المال. ولو أوصى بنصيب ابن لو كان - أي وله ابن واحد فالجواب فيه كالجواب فيما إذا أوصى بمثل نصيب ابنه فيعطى نصف المال عن الإجازة. ولو أوصى له بمثل نصيبه لو كان يعطى له ثلث المال. ومثل ذلك جاء في بدائع الكاساني وعلل هذا الحكم الأخير بقوله: لأنه أوصى بمثل نصيب ابن مقدر لابن مقدر ونصيب الابن المقدر عبارة عن سهم فمثل نصيبه يكون كذلك سهما فكانت الوصية وصية بسهم من ثلاثة - أي منها سهم للابن الموجود، وسهم للابن بقدر الذي جعل نصيبه معيارا للوصية، وسهم للموصى له[1].

وجاء في المغني: وإن خلف اثنين وأوصى بمثل نصيب ابن ثالث لو كان فللموصى له الربع، ولو أوصى بمثل نصيب ابن خامس لو كان فللموصى له السدس، وعلى هذا أبدا - ولو خلفت زوجا وأختا شقيقة وموصى لها بمثل نصيب أم لو كانت كان للموصى لها الخمس إذ يخص الأم ربع التركة لو كانت لوجود نصف للزوج ونصف للأخت، فالمسألة من ٦ ثلاثة للزوج وثلاثة للأخت وسهمان للأم هما الثلث، فالجملة ثمانية بعد العول للأم منها سهمان وهما ربع الثمانية وعندئذ يضاف إلى الثمانية سهمان مثل سهمي الأم المفترض وجودها تكون جملة السهام عشرة للموصى لها سهمان منها وهما خمس التركة. وإلى هذا ذهب الشيعة الجعفرية أيضا.

من ذلك نرى أن ما جاء في المذكرة الإيضاحية مخالف لما ذهب إليه الحنفية والحنابلة والشيعة ولم تعزه المذكرة الإيضاحية إلى مذهب معين ولم أره لمذهب. وإن كان من ناحية الرأي وجيها لأن الذي يوصي بمثل نصيب ابن لو

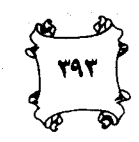
(١) راجع الفتاوى الهندية جـ٦ ص ٩٩، والبدائع جـ٧ ص ٣٥٨، والمغني جـ٦ ص ٤٥٢ والتحرير جـ٥ ص ٢٩٥.

كان إنما جعل نصيب الابن المفترض وجوده معيارا للوصية، فإذا تعين هذا النصيب كان هو مقدار الموصى به من غير حاجة إلى افتراض وجوده عند قسمة التركة لأن نصيب الوارث المفترض لم يذكر إلا ليكون معيارا فالذي يوصي بمثل نصيب ابن لو كان ونصيبه على فرض وجوده سهمان كأنه قال أوصي بسهمين والمسألة مسألة فهم وتعرف لما يريده الموصي وليست حكما يرجع إلى دليل.

وفي رأيي أن هذا أقرب إلى ما يريده الموصي في عصرنا هذا، ولعل عصرهم كان على خلاف ذلك فذهبوا إلى ما ذهبوا إليه.

بقيت بعد ذلك مسألة جاءت في شرح الزيادات لقاضيخان فقد جاء فيه: الوصية بنصيب الوارث المعدوم جائزة ويكون ذكر نصيبه لتقدير الوصية. ثم قال: رجل مات وترك ابنا وأما وأوصى لرجل بنصيب ابنة لو كانت فالوصية من سبعة عشر سهما خمسة أسهم للموصى له وللأم سهمان وللابن عشرة. ووجه ذلك أنه لو لم يكن هنا وصية كانت المسألة ستة أسهم للأم سهم وللابن خمسة فإن أوصى بنصيب ابنة لو كانت ونصيب البنت لو كانت يكون نصف نصيب الابن فيزاد على الفريضة سهمان ونصف فيصير المجموع ثمانية ونصف فيضرب في اثنين للتصحيح فيصير سبعة شهر عشر سهما للموصى له من ذلك خمسة وهذه وصية بأقل من الثلث فتقدم على الميراث ويعطى له خمسة ويبقى اثنا عشر سهما تعتبر سهاما للميراث فيما بقي ويقسم باقي التركة بينهما أسداسا عشرة للابن وسهمان للام. هذا ما جاء في الزيادات.

ويلاحظ أن الابنة الوارثة التي جعل نصيبها معيارا للوصية لم يفرض وجودها في هذه المسألة إذ لو فرض وجودها فيها لم يكن نصيبها سهمين ونصف سهم ونصيب أخيها خمسة ونصيب الأم سهمان؛ ذلك لأن مجموع هذه السهام تسعة أسهم ونصف وإذا ضربت في اثنين لإزالة الكسر كان المجموع تسعة عشر سهما تنقسم إليها التركة وعندئذ يجب بحسب قواعد



الميراث أن يكون للأم منها السدس ومقدار ذلك ثلاثة أسهم وسدس سهم لا سهمان، وهذا الصنيع وهو ضم نصف نصيب الابن إلى سهام التركة مخالف لما سبق بيانه من وجوب تقدير وجود الوارث المفترض ضمن الورثة لمعرفة سهمه واتخاذه معيارا للوصية. ثم هذا الصنيع لا يتسق مع دلالة عبارة الوصية إذ إنها تقضي بأن يفرض مع الابن بنت ليتعرف نصيبها معه في التركة ليكون هذا النصيب مقدار الموصى به، ولو كان مع الابن بنت لم يكن لها خمسة أسهم من ١٧ سهما تنقسم إليها التركة وإنما يكون لها خمسة من ١٨ سهما تنقسم إليها التركة إذ يكون للأم منها ثلاثة والباقي أثلاثا بين الابن والبنت. وعلى ذلك يرى أن الموصى له أعطى أكثر مما أوصى له به لأن خمسة من ١٧ وهو ما أعطيه أكثر من ٥ من ١٨ وهو ما يستحقه بمقتضى عبارة الوصية، وأنه لم يعط نصيب بنت لو كانت وإنما أعطى نصف نصيب الابن حيث لا يكون معه بنت وهو غير نصيب بنت لو كانت.

ولذا جاء في هذا الشرح بعد ذلك ما نصه: فإن قليل ينبغي أن يعطى الموصى له خمسة أسهم من ثمانية عشر؛ لأنه أوصى له بنصيب ابنة لو كانت، ولو كانت البنت موجودة كانت المسألة من ثمانية عشر: للبنت من ذلك خمسة أسهم وللأم من ذلك السدس ثلاثة وللابن عشرة وعلى ذلك يكون للموصى له خمسة أسهم من ثمانية عشر - والذي يؤيد ذلك ما ذكر في الجامع الكبير وهو: قال: رجل مات وترك ابنتين وعما وأوصى لرجل بنصيب ابنة ولو كانت كان للموصى له تسعا المال أو ستة أسهم من سبعة وعشرين سهما فيكون الباقي بين العم والبنتين أثلاثا وهو ٢١ سهما، للعم من ذلك سبعة أسهم تعصيبا وللبنتين بالسوية ١٤ سهما فريضة وهو مقدار الثلثين - ذلك لأنه لما أوصى بنصيب ابنة لو كانت يجعل كأنه مات عن ثلاث بنات على افتراض وجود بنت ثالثة وعم معهن فتكون المسألة أولا من تسعة أسهم للبنات من ذلك الثلثان ستة أسهم لكل بنت سهمان وللعم من ذلك الباقي تعصيبا ثلاثة أسهم فإذا ظهر مقدار نصيب الابنة الثالثة وهو سهمان أعطيا للموصى له أولا ويبقى سبعة أسهم تعتبر سهاما للميراث ويقسم بين



الورثة أثلاثا وقسمة سبعة على ثلاثة لا تستقيم فيضرب أصل المسألة في ثلاثة فيصير المجموع سبعة وعشرين سهما، للموصى له من ذلك ستة أسهم ويقسم الباقي بين الورثة أثلاثا، الثلثان للبنتين ومقدار ذلك ١٤ سهما من ٢١ سهما والباقي للعم تعصيبا. وعلى قياس تلك المسألة ينبغي أن يفرض وجود بنت في المسألة السابقة مع الابن والأم فيكون لها خمسة أسهم من ثمانية عشر سهما وذلك مقدار الوصية. وقد أجاب عن ذلك بأنه لو جعلنا المسألة من ثمانية عشر وأعطينا للموصى له خمسة وهي أسهم البنت المفترض وجودها والتي جعل نصيبها معيارا للوصية يبقى ثلاثة عشر ولو أعطينا الأم في هذه الحال فرضها وهو سدس المال ثلاثة أسهم لم يبق للابن إلا عشرة أسهم من ثمانية عشر سهما وليس هو خمسة أسداس المال فيقع ضرر الوصية على الابن خاصة - وقسمة المال بعد الوصية بين الأم وبين الابن أسداسا ثابت بنص الكتاب فلا يجوز تغييره. ولو قسمنا بقية المال بعد الوصية وذلك ثلاثة عشر سهما بين الابن والأم أسداسا لكان للابن عشرة أسهم وخمسة أسداس سهم. وعندئذ لا يكون نصيب البنت على النصف من نصيب الابن. وذلك خلاف ما ثبت بالكتاب وخلاف ما أوجب الموصي؛ ولذا كان ما ذكر من الحل استحسانا دعت إليه الضرورة.

وهذا الجواب عند النظر إليه غير مقنع ومحل نقد فالثابت المقطوع به أن عبارة الموصي صريحة في أن يكون للموصى له وصية في التركة تساوي نصيب بنت يفترض وجودها في هذه التركة مع هؤلاء الورثة. وإذا وجدت البنت في التركة مع هؤلاء الورثة كان لها خمسة أسهم من ثمانية عشر سهما تنقسم إليها التركة فيكون هذا هو مقدار الموصى به بمقتضى عبارة الموصي، وعلى ذلك يكون للورثة بعد الوصية من التركة ثلاثة عشر سهما من ثمانية عشر سهما. وليس يجوز عند ذلك أن تعطى الأم سدس جميع التركة، ثلاثة أسهم كما جاء في كلام (قاضيخان) لأن فرضها السدس بعد إخراج الوصية من التركة أي سدس الثلاثة عشر سهما لا سدس الثمانية عشر، وعلى ذلك يجب أن تعطى الأم سدس الثلاثة عشر وذلك سهمان وسدس سهم ويبقى

للابن عشرة أسهم وخمسة أسداس سهم تعصيبا وتصح المسألة يضربها في ٦ فتكون من ١٠٨ سهما. للموصى له من ذلك ٦×٥ أي ٣٠ سهما يكون الباقي ٧٨ سهما من ذلك سدسه للأم وهو ١٣ سهما والباقي وهو ٦٥ سهما للابن. وليس يضير ألا يكون نصيب البنت على النصف من نصيب الابن أو أن يكون نصيب الابن أزيد من ضعف نصيبها لأن نصيب البنت إنما يكون على النصف من نصيب الابن عند اجتماعهما في التركة وذلك متحقق، أما بعد زوال هذا الافتراض وتعرف نصيب البنت لتحديد الوصية فقد أصبح الابن منفردا له نصيبه بعيدا عن نصيب البنت التي جعل نصيبها معيارا غير متأثر بها لعدم وجودها معه وليس في عبارة الموصي ما يفيد أنه جعل نصيب الموصى له على النصف من نصيب هذا الابن وإنما جعله كنصيب بنت لو وجدت مع الابن في هذه التركة وفرق كبير بين الأمرين وعلى ذلك تنتفي الضرورة وتتحد طريقة العمل في جميع المسائل.

وقد لاحظنا فيما ذكره (قاضيخان) بعد ذلك من المسائل المماثلة أمرين:

الأمر الأول: أن الرأي الذي اختاره (قاضيخان) في شرحه على الزيادات ونقله عن محمد في حل هذه المسائل التي يوصي فيها بنصيب وارث لو كان يختلف تبعا لاختلاف هذه المسائل.

فإذا كان هذا الوارث الذي أوصى بنصيبه لو كان من بين ورثة الموصي الحقيقيين كأن تكون الوصية بنصيب ابن له لو كان أو بنصيب بنت له لو كانت أو بنصيب أخت له لو كانت وهكذا.

ففي الأحوال الآتية يجب أن نتعرف مقدار نصيب هذا الوارث وذلك بقسمة تركة الموصي على ورثته ثم نضيف إلى مخرجها النهائي للموصى له أسهما مماثلة لاسهم ذلك الوارث ويكون المجموع هو مخرج التركة النهائي مع الوصية:

الأولى: إذا كان الوارث الذي أوصى بنصيبه لو كان عصبة ومن معه صاحب فرض كأن يتوفي الموصي عن ابن وأم وقد أوصى بنصيب ابن آخر له



لو كان أو بنصيب بنت له لو كانت ففي الحال الأولى تقسم التركة على الابن والأم ومخرجها عند ذلك من ٦ يضاف إليه خمسة مثل نصيب الابن فيكون مخرجها النهائي أحد عشر للموصى له خمسة وللابن خمسة وللأم سهم واحد وفي الحال الثانية يتبع ما قدمنا.

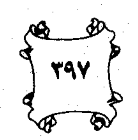
الثانية: إذا كان ذلك الوارث صاحب فرض ومن معه صاحب فرض كذلك كأن يتوفى الموصي عن بنت وأخت شقيقة وموصى له بنصيب بنت لو كانت فالمسألة مخرجها اثنان يضاف إليهم سهم للموصى له فيكون المجموع ثلاثة للموصى له سهم وللأخت سهم وللبنت سهم.

وفي الأحوال الآتية يفرض وجود ذلك الوارث الذي أوصى بنصيبه لو كان ضمن ورثة الموصي حتى إذا عرف نصيبه أضيف إلى مخرج التركة بالنظر إلى الورثة الحقيقيين غير مضاف إليهم واحد.

الأولى - إذا كان ذلك الوارث صاحب فرض ومن معه عصبة كما إذا توفي الموصي عن بنتين وعم وموصى له بمثل نصيب بنت لو كانت فتقسم التركة باعتبار الورثة ثلاث بنات وعم، للبنات الثلثان وللعم الباقي وهو الثلث فالمسألة من ٩ للعم ثلاثة ولكل بنت سهمان وهو مقدار الموصى به فإذا طرح من ٩ أسهم كان الباقي للورثة سبعة أسهم ثلثاها للبنتين وثلثها للعم وذلك لا ينقسم على ٣ فنضرب مخرج المسألة في ثلاثة أي ٩ × ٣ يكون المخرج ٢٧ للموصى له سهمان في ٣ أي ٦ أسهم من ٢٧ سهما والباقي ٢١ سهما للبنتين منه ١٤ الثلثان بالسوية وللعم الباقي سبعة أسهم.

الثانية - إذا كان ذلك الوارث عصبة ومن معه من الورثة كذلك كأن يتوفي الموصي عن ابنين وموصى له بمثل نصيب ابن لو كان فيفرض وفاته عن ثلاثة أولاد لكل منهم سهم وهو للموصى له والباقي سهمان للابنين لهما نصفان.

الثالثة - إذا كان ذلك الوارث يترتب على وجوده حجب بعض الورثة سواء أكان حجب حرمان أو حجب نقصان كأن يتوفى الموصي عن أم وأخت



شقيقة وزوجة وموصى له بمثل نصيب أخت لأم لو كانت فتقسم التركة عليهم مع إضافة أخت لأم فيكون للأم السدس لوجود جمع مع الإخوة وللأخت الشقيقة النصف وللزوجة الربع أي على ١٣ وذلك لا ينقسم فيضرب مخرج المسألة في ١٣ ويكون المخرج النهائي ١٦٦٩ سهما للموصى له من ذلك ٢ × ١٣ أي ٢٦ سهما والباقي وهو ١٤٢ سهما للورثة تقسم على ١٣ فيكون مقدار كل سهم ١١ وإذن يكون للأم ٤٤ سهما وللأخت ٦٦ سهما وللزوجة ٣٣ سهما.

الرابعة - إذا كان ذلك الوارث ليس من بين الورثة وإن لم يترتب عليه حجب أحد كأن يتوفى الموصي عن أم وزوجة وموصى له بنصيب أخت لأم لو كانت. فتقسم التركة على أم وزوجة وأخت لأم، للأم الثلث وللزوجة الربع وللأخت لأم السدس، والمسألة من ١٢ للأم ٤ وللزوجة ٣ وللأخت سهمان وفيها رد على الأم والأخت، وعلى ذلك يكون مخرج المسألة من ٤ للزوجة الربع سهم والباقي ثلاثة للأم سهمان وللأخت لأم سهم هو مقدار نصيب الموصى له وعلى ذلك يكون الباقي للورثة وهو ثلاثة أسهم للزوجة من ذلك الربع والباقي للأم وذلك لا ينقسم فيضرب أصل المسألة في ٤ أي ١٦ من ذلك للموصى له أربعة أسهم والباقي ١٢ سهما منها ٣ أسهم للزوجة وهو الربع والباقي سبعة أسهم للأم.

الأمر الثاني: أن طريق الاستحسان الذي تقدم بيانه والذي اتبع في حل بعض المسائل وهي المسائل التي تناولتها الأحوال الأولى السابقة الذكر - ليس متفقا عليه عند فقهاء الحنفية فقد نقل (قاضيخان) أن رواية الجامع الصغير تجري مع القياس في جميع الأحوال السابقة فنفرض الوارث الذي أوصى بنصيبه لو كان موجودا ضمن الورثة في جميع الأحوال، حتى إذا عرف نصيبه كان الباقي بعده على الورثة وحدهم بحسب مواريثهم، ذكر ذلك (قاضيخان) في شرحه على الزيادات لمحمد.

ومما تقدم يتبين أن قانون الوصية قد أخذ بمذهب الحنفية في مادته الـ ٤٠ على ما بينا إلا فيما يتعلق بذهابه إلى صحة الوصية بنصيب معين فقد أخذ في ذلك بمذهب مالك وفقهاء المدينة والبصرة وكذلك أخذ بمذهبهم أيضا في مادته الـ ٤١ وهذا الرأي أيضا ذهب إليه الحنابلة، أما الوصية بنصيب وارث لو كان أو بمثل نصيبه فلم يتعرض له القانون وإذ لم يتعرض له القانون كان المذهب الواجب التطبيق هو مذهب الحنفية وقد شرحناه.

الوصية بمثل نصيب وارث مع الوصية بسهم شائع في التركة

إذا أوصى شخص بمثل نصيب أحد ورثته مع وصيته بسهم معلوم شائع كالربع أو الثلث فتحت ذلك صورتان الصورة الأولى أن يعين الموصي الوارث الذي أوصى بمثل نصيبه. الصورة الثانية ألا يعينه.

مثال الصورة الأولى أن يتوفى شخص عن ابنتين وقد أوصى لشخص بمثل نصيب أحدهما وللآخر بالثلث وفي مثل هذه الحال إما أن يجيز الابنان الوصية وإما أن يردا فإن أجاز الابنان الوصية كان للموصى له بالثلث ثلث التركة وللموصى له بمثل أحد نصيب الابنين ثلث الثلثين باقي التركة لما قدمنا. وإذا كانت وفاة الموصي عن ثلاثة أبناء كان له ربع ثلثي التركة لاعتباره كالابن الرابع كما قدمنا. لا خلاف في ذلك بين الحنفية والحنابلة والزيدية إذ جاء ذلك في شرح قاضيخان على الزيادات لمحمد وفي المغنى لابن قدامة والبحر الزخار(١).

وإن رد الورثة الوصيتين فعند أبي يوسف إذا رد الابنان الوصية يقسم ثلث التركة بين الموصى لهما على خمسة للموصى له بالثلث ثلاثة أسهم منه وللموصى له بالنصيب السهمان الباقيان وهو رأي الزيدية، ووجه ذلك أن الموصي حين أوصى فإنما يريد بوصيته النفاذ وهما عند نفاذها يكون للموصى له بالثلث منهما ثلث المال وللموصى له بمثل نصيب أحد ابنيه ثلث ما بقي وهو الثلثان كما ذكرنا؛ فإذا كانت المسألة من ٩ كان للموصى له بالثلث ثلاثة مقدار الثلث وللموصى له بمثل نصيب أحد الابنين سهمان من ستة الأسهم الباقية

(١) انظر المغني لابن قدامة (جـ٦ ص ٤٥٤)، والبحر الزخار (جـ٥ ص ٣٢٩).



فكانت النسبة بين صاحب الثلث وصاحب النصيب كنسبة ثلاثة إلى اثنين ومجموعها خمسة فيراعى ذلك عند عدم الإجازة لأن ذلك يحقق إرادة الموصي، وعلى ذلك يقسم الثلث بينهما على هذه النسبة للموصى له بالثلث، ثلاثة أسهم وللموصى له بنصيب أحد الابنين سهمان، وعند محمد رحمه الله تعالى يكون الثلث بينهما نصفين وذلك بناء على أن صاحب النصيب أوصى له بمثل نصيب أحد الابنين وبضمه إلى الابنين وقسمة المال عليهم يكون له الثلث منه فكان كل منهما موصى له بالثلث، وكان الثلث لذلك بينهما نصفين.

وجاء في المغني لابن قدامة أن في هذه الحالة وجهين:

الوجه الأول أن يقسم الثلث بين الموصى لهما أخماسا لصاحب الثلث ثلاثة أخماسه ولصاحب النصيب خمساه وهو ما ذهب إليه أبو يوسف ووجهه ما ذكرنا. وإذا كان المتوفى قد مات في هذه المسألة عن ثلاثة أبناء فردوا قسم الثلث بين الموصى لهما أثلاثا لصاحب الوصية بالثلث سهمان وللآخر سهم، إذ إن صاحب النصيب عند إجازتهم يضم إليهم فيقسم ثلثا التركة بينهم أرباعا لكل منهم سهمان من ثمانية أسهم، وفي هذه الحال يكون لصاحب الثلث أربعة أسهم مقدار الثلث والمسألة من ١٢.

والوجه الثاني وهو قول يحيى بن آرام يكون ثلث المال بينهما نصفين إذا ما ترك الموصي ابنين إذ إن الموصى له بمثل نصيب أحدهما يعتبر موصى له بالثلث، لضمه إليهما وانقسام التركة عليهم أثلاثا فكان كل منهما موصى له بالثلث ولذلك نقسم الثلث عليهما بالسوية. وإذا مات الموصي عن ثلاثة كان الموصى له بالنصيب موصى له بالربع فيقسم الثلث عليهما بنسبة ربع إلى ثلث أي بنسبة ٣ - ٤ فيقسم الثلث بينهما أسباعا لصاحب النصيب ثلاثة أسباع ولصاحب الثلث أربعة أسباعه وهو رأي محمد رحمه الله.

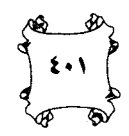
وعندي أن رأي أبي يوسف أدق نظرا وهو اعتبار حال الرد بحال الإجازة لأن الموصي حين يوصي بالوصيتين فإنما يريد نفاذهما فوجب مراعاة النسبة بين الوصيتين على هذا الوضع سواء أجاز الورثة أم ردوا - ولكن عبارة القانون في مادته ٤٢ ظاهرة في اختيار رأي محمد ويحيي بن آرام عند عدم

الإجازة إذ جاء فيها أن حصة الموصى له بنصيب أحد الورثة تقدر على اعتبار أنه لا وصية في التركة سواها ويقسم الثلث بين الوصيتين بالمحاصة إذا ضاق عنهما. والثلث لا ينظر إلى ضيقه أو اتساعه للوصيتين إلا عند عدم الإجازة وعلى ذلك تكون عبارة المادة صريحة في أن الموصى له بنصيب أحد الورثة يقدر نصيبه على اعتبار أن ليس في التركة وصية غير وصيته فإذا توفي الموصي عن ابنين كان له ثلث التركة وإذا توفي عن ثلاثة كان له ربع التركة وهكذا فإذا صاحبهما وصية بالثلث أو بالربع وضاق ثلث التركة عن الوصيتين قسم بينهما بالمحاصة على هذا الوضع ولا ينظر إلى ما يكون بينهما من نسبة حال الإجازة - أما عند الإجازة فقد ترك النص عليها اكتفاء بتطبيق المبادئ العامة والقواعد السابقة - وهذه القواعد تقضي بتقديم الوصية بالثلث على المواريث، وقد كانت الوصية الأخرى وهي الوصية بنصيب وارث مراعى فيها التسوية بين صاحبها وذلك الوارث فقدمت الوصية بالثلث على وصيته تحقيقا لتلك المساواة فكان الحل ما قدمنا.

الوصية بمثل نصيب وارث مع الوصية بقدر محدد من النقود أو بعين من التركة:

في هذه الحال لا يختلف الحكم فيها عن الحكم في الحال السابقة عليها بعد أن تقدر النقود أو ما تساويه العين منها بما يساوي ذلك من سهام التركة فإذا كانت قيمة التركة أربعة آلاف جنيه وكانت الوصية بألف كانت الوصية بربع التركة وإذا كانت الوصية بسيارة مثلا قومت. فإذا كانت قيمتها ثمانمائة جنيه كانت وصيته بخمس التركة وهكذا وإنما نعتبر ذلك عند موت الموصي لأن ذلك هو وقت ظهور أثر الوصية (م ٤٢).

ومثال الصورة الثانية - أن يتوفى شخص عن ورثة وقد أوصى لشخص آخر بمثل نصيب أحد ورثته ولثالث بنصف تركته، وفي هذه الحال يتعرف مقدار وصية من أوصى له بنصيب أحد الورثة بما سبق أن بيناه في الوصية بنصيب وارث لم يعينه الموصي حتى إذا عرف انتقل الوضع إلى الصورة الأولى وطبق حكمها. وقد قدمنا أن القانون قد اختار أن يكون للموصى له عند تساوي الورثة في السهام مثل سهام أحدهم - وأن يكون له مثل أقلهم



سهاما إذا ما تفاضلوا فيها مع مراعاة نسبة ما يعطى من السهام إلى مجموع سهام التركة مضافا إليها سهمه الذي أعطى له. وإذا كانت الوصية الأخرى بنقود أو بعين من أعيان التركة قدرت النقود أو قيمة العين بما تساويه من سهام التركة كما تقدم.

راجع المادة ٤٢ - ونصها:

إذا كانت الوصية بسهم شائع في التركة ونصيب أحد الورثة أو بمثل نصيبه سواء عين الموصي الوارث أم لم يعينه قدرت حصة الموصى له بنصيب الوارث على اعتبار أنه لا وصية غيرها - ويقسم الثلث بينهما بالمحاصة إذا ضاق عن الوصيتين - وإذا كانت الوصية بقدر محدد من النقود أو بعين من أعيان التركة بدل السهم الشائع قدر الموصى به بما يساويه من سهام التركة.

الوصية بجزء شائع:

إذا أوصى بجزء شائع كالربع والسدس والثلث ونحوها فقد يكون شائعا في كل التركة كأن يوصي شخص بخمس ماله أو ثلثه أو بربع تركته، وقد يكون شائعا في نوع من أنواع المال كأن يوصي إنسان بنصف نقوده أو بثلثيها أو بنصف دوره أو بربع أو بخمس قمحه وهكذا، وقد يكون شائعا في عين معينة من الأعيان التي يتكون منها ماله كأن يوصي إنسان لآخر بنصف هذه الأرض أو بثلث هذه الدار - أو في عين غير معينة كأن يوصي بنصف دار من دوره مثلا.

غير أن الوصية بجزء شائع من عين معينة يستوي في الحكم مع الوصية بعين معينة إذ إن تعيين العين يعد تعيينا للموصى به، والوصية بجزء شائع في عين غير معينة كالإيصاء بعين غير معينة، وسنعرض للوصيتين فيما يأتي. وعلى هذا يكون لدينا الآن[1] الإيصاء بجزء شائع في كل المال[2] والإيصاء بجزء شائع في نوع من أنواع المال - ولم يتعرض القانون صريحا لأحكام

(١) ارجع إلى صفحة ١٨٩، ص ٢٦٤، ص ٢٦٥.

(٢) ارجع إلى ص ١٢١.

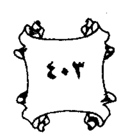
ذلك؛ ولذلك تخضع أحكامه لما نص عليه القانون من شروط لصحة الوصية ونفاذها ولأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة.

الوصية بجزء شائع في كل التركة:

إذا كان الموصى به جزءا شائعا في مال الموصي أو تركته كثلث ذلك أو ربعه لم تتقيد الوصية بما يملك الموصي عند وصيته من مال عند أبي حنيفة ومالك وأحمد وعلى أصح القولين عند الشافعية وإنما ينصرف ذلك إلى كل ما يملكه الموصي عند وفاته من أموال سواء أحدثت هذه الأموال بعد الوصية أم كانت موجودة عندها، وسواء أزادت عما كانت عليه عند الوصية أم نقصت، وسواء أكانت حاضرة عند الوفاة أم غائبة، وسواء أكانت ديونا في ذمم الناس أم عقارات وعروضا. ولا فرق بين مال يعلمه الموصي عن الوصية ومال لا يعلمه لأن وقت الوفاة هو وقت لزوم الوصية وهو كذلك وقت التمليك فتكون العبرة بما يوجد عنده من أموال - وبهذا قال أيضا النخعي والأوزاعي وأبو ثور وفريق من الزيدية. وذهب فريق آخر إلى أن المال إذا زاد فالعبرة بالأقل[1]. وعن الشافعي أن ذلك ينصرف إلى مال الموصي عند الإيصاء؛ لأن الظاهر أنه لا يريد خلافه، وعلى هذا لا يدخل في الوصية ما يحدث بعدها من أموال وإذا هلك جميع ما كان عندها بطلت وصيته. وحكي عن الغنية أن أبان بن عثمان وعمر بن عبد العزيز وربيعة بن عبد الرحمن أن ذلك يقتصر على ما يعلمه الموصي من أمواله دون مالا يعلمه وهذه رواية عن مالك وهي أضيق دائرة من سابقه كما هو ظاهر وقد أشرنا إلى ذلك فيما تقدم.

وفي هذه الحال لا تنفذ الوصية فيما يزيد على ثلث ذلك إلا بإجازة الورثة وقد فصلنا القول في ذلك وإذا ما تمت الوصية في هذا النوع بالقبول أصبح الموصى له شريكا للورثة في التركة، فإن هلك شيء من التركة قبل قسمتها بلا تعد هلك على الجميع كل بحسابه لثبوت ملكهم جميعا في هذه الحال عند الموت إذا قبل الموصى له لا خلاف في ذلك.

(١) البحر الزخار ـ٥ ص ٣٢٠.

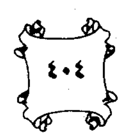


وإذا تناولت الوصيـة بالجزء الشائع أكثر من مـوصى له قسم الموصى به عليهم بالسوية كـأن يوصي شخص بثلث ماله لزيد وخالد فـيكون لكل منهما السدس وإذا رد أحدهما الوصـية أو مات وقبل الآخر كان للآخـر حصته من الوصية لما قدمنا، وإذا تعددت الوصية بالجزء الواحد لأكثر من شخص مثل أن يوصي لزيد بالثلث ثم يوصي لخـالد بالثلث فإن الثلث يقـسم بينهما إذا قـبلا الوصية نتيجة مزاحمة كل منهـما الآخر فيه، ولكن إذا مات أحدهما قبل وفاة الموصي أو رد الوصية بعد وفاته كان للآخـر جميع الثلث وقد أشرنا إلى ذلك فيما مضى وأقوال الأئمة في ذلك.

وإذا تعددت الوصايا بالأجزاء الشائعـة كأن يوصي إنسان لزيد بالسدس ولخالد بالتـسع وهكذا فإن وسـعها ثلث التـركة كالوصـية بالسدس والوصـية بالتسع نفذت فيـه الوصيتان وإن لم يسعها ثلث التـركة وأجازها الورثة نفذت جميعها في التركة إن وسعتها فإن لم تسعها قسمت بين الموصى لهم بالمحاصة بحسب ما أوصى لكل منهم على قول الصاحـبين، أما على قول الإمام فإنها تقسم بينهم بطريق المنازعة وسيأتي بيان ذلك عند كلامنا على تزاحم الوصايا، وأمـا إذا لم يجزها الورثة فـإن الثلث يقـسم بين جمـيع الوصـايا بالمحاصـة وسيأتي بيانها وبيان الخلاف فيها عند كلامنا على تزاحم الوصايا.

الوصية بجزء شائع في نوع من أنواع التركة أو في عين معينة منها:

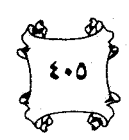
إذا أوصى شخص بجزء شائع كثلث أو ربع في نوع من أنواع المال الذي تتكون منه التركة كالدراهم والأراضي والدور والبقر وما إلى ذلك، فقد يكون هذا النوع معينا بالإشارة كأن يقول أوصـيت بثلث هذه البقرة أو بما يقوم مقام الإشارة. ومن قـبيل التعـيين أن يكون هذا النوع موجودا عند الإيصـاء بجزء شائع منه وأن يضيفه الموصي إلى نفسه مثل أن يقول أوصيت بثلث غنمي وله غنم عند الإيصاء إذ إن الوصية في هذه الحال تتقيد بالموجود من الغنم عندها. يدل على ذلك ما جـاء في وصايا الأصل: إذا أوصى بثلث غنمه أو بشاة من غنمه لفلان تقيدت الوصـية بالموجود من الغنم عندها. يدل على ذلك ما جاء



في وصايا الأصل: إذا أوصى بثلث غنمه أو بشاة من غنمه لفلان تقيدت الوصية بالموجود وقت الوصية حتى لو هلكت تلك الغنم الموجودة أو لم يكن له غنم وقت الوصية لا شيء للموصى له لأنه قد أوصى له بمال معين فلا يعطى له من مال آخر ليس ببدل عن الأول «انتهى من شرح الزيادات لقاضيخان ومثل ذلك جاء في المحيط البرهاني».

ويلاحظ في هذا النص أنه فرق في الحكم بين أن يوصي بثلث غنمه أو بشاة من غنمه وله غنم عند الوصية حيث تتقيد الوصية بالموجود عندها ولا يدخل في الموصى به ما يملكه بعدها وإذا هلك جميعه بطلت الوصية ولو استحدث ملكا جديدا من نوعه - وبين أن يوصي بغنمه إذ تكون العبرة حينئذ لما يوجد من الغنم عند الموت سواء كان يملك غنما عند الإيصاء أم لا. وقد جاء في ذلك نص آخر نقلناه عن المحيط البرهاني كما نقلنا مثل هذا النص عن الفتاوى الهندية نقلا عن التبيين.

ونقل قاضيخان في شرحه على الزيادات لمحمد عن مختصر القدوري: رجل أوصى لرجل بشاة من غنمه فماتت غنمه أو باعها ثم مات الموصي أعطى للموصى له شاة من الموجود حال الموت وكذا لو ولدت غنمه فلورثته أن يعطوا شاة من الأمهات أو من الأولاد إن شاءوا ذلك؛ لأن الوصية إيجاب بعد الموت فتتناول الموجود عند الموت، فإن أراد الورثة أن يعطوا شاة من غنمه ولها ولد ولدته بعد موت الموصي تبعها ولدها كما يتبعها صوفها ولبنها لأن الوصية قد لزمت عند الموت وإنما التعيين إلى الورثة فإذا عين الوارث شاة كان تعيينه كتعيين مورثه الموصي ويصير كأن الوصية وقعت بها من الابتداء فكانت الزيادة للموصى له. أما ما حدث من الزيادة قبل موت الموصي كالصوف المنفصل فهو للورثة لأن الوصية إيجاب عند الموت فالزيادة قبل الموت زيادة قبل الوصية. وما يستهلكه الوارث من زيادة حدثت بعد الموت عليه ضمانها لأن الزيادة تستحق باستحقاق الأصل فتضمن بالإتلاف.

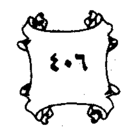


ولو قال أوصيت بشاة من غنمي هذه فماتت غنمه بطلت الوصية وإذا لم تمت وولدت ولدا لم يكن للوارث أن يعطي الوصية من الأولاد لأن الوصية حين تضاف إلى غنم بعينها تعينت بالإشارة فإنها تتعلق بتلك الغنم ولو هلكت الأغنام إلا واحدة تعينت تلك الواحدة بالوصية لخروج غيرها من أن يكون محلا للتعيين لأن التعيين حكم الإنشاء فيما يرجع إلى المحل.

ولو هلكت الغنم كلها وتركت أولادا حدثت بعد موت الموصي كان على الوارث أن يدفع إلى الموصى له ولد شاة منها لأن الوصية لزمت عند الموت في شاة منها فكان نتاجها بعد الموت مستحقا للموصى له فوجب تسليم ذلك إليه.

وهذا النص يخالف رواية الأصل وما جاء في المحيط البرهاني من أن الوصية بشاة من غنمه وله غنم موجودة عند الإيصاء تتقيد بالموجود عنده، ولكنه مع ذلك يتفق مع ما أشرنا إليه فيما سبق من أن إيصاء شخص بغنمه لا يتقيد بالموجود عند الوصية. وتكون العبرة بما يوجد من الغنم.

وخلاصة ما تقدم أن الإيصاء بنوع أضافه الموصي إلى نفسه كغنمي أو بقري دون أن يقول ما في مالي من بقر أو غنم أو نحو ذلك يعد الإيجاب به إيجابا عند الموت فيكون للموصى له ما يوجد له من ذلك عند الموت سواء أكان يملك منه شيئا عند الإيصاء أم لا. ولم يذكر في هذا خلاف بين الحنفية. والإيصاء بجزء شائع من هذا النوع على هذا الوضع كأن يوصي بربع غنمه أو بشاة من غنمه وله من ذلك شيء عند الإيصاء يتقيد بما يوجد له عند الوصية ويصير كالإيصاء بجزء شائع من معين، ولذا لا يكون للموصى له حظ إلا فيما يبقى مما كان موجودا عند الوصية دون ما يملكه بعد ذلك على ما جاء في الأصل والمحيط - ولا يتقيد بالموجود عند الإيصاء على ما جاء في مختصر القدوري وإنما يكون الاعتداد بما يوجد عند الموت وليس يظهر لي فرق بين أن يوصي شخص بغنمه وبين أن يوصي بثلث غنمه - يترتب عليه عدم تقيد



الوصية بالموجود عندها في الحالة الأولى وتقييده بالموجود عندها في الحال الثانية فلينظر وجه التفرقة إن لم يصح ما ذكره القدوري، ولعل في المسألة روايتين ذكرت إحداهما من الأصل وذكرت الأخرى من القدوري.

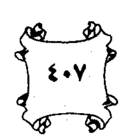
أما إذا لم يكن له شيء من هذا النوع عند الوصية فقد ذكرنا في ذلك روايتين إحداهما أن الوصية باطلة وهي تتسق مع الحكم الذي يقضي بتقييد الوصية بالموجود عند الإيصاء إذ إنها تعتبر عندئذ وصية بالمعدوم. ثانيهما أنها صحيحة ويكون للموصى له ما يوجد عند الموت وهذه تتسق مع الحكم الذي ذكروه من الإيصاء بالنوع ومع رواية القدوري.

أما الإيصاء بجزء شائع في عين معينة فهو كالإيصاء بعين معينة لأن تعيين العين يستلزم اعتبار الجزء الشائع منها معينا، وقد ذكرنا فيما مضى حكم ذلك وأثر الهلاك والاستحقاق فيه.

الوصية بالعين:

إذا أوصى بعين من أعيان التركة فقد تكون هذه العين معينة كالوصية بهذه الدابة أو بهذا البر ونحو ذلك، وقد تكون العين غير معينة ولذلك ثلاث صور: أن يوصي بها مطلقة غير منسوبة إلى مال كأن يوصي لفلان بدابة فرس أو شاة وقد تضاف إلى نوعها كأن يوصي لشخص بشاة من غنمه وقد تضاف إلى المال كأن يوصي لشخص بشاة من ماله.

فإن كانت الوصية بعين مطلقة أو مضافة إلى المال فإن الإيصاء بها يثبت حقا للموصى له متعلقا بالتركة إذا ما قبل الوصية، ويصير ثلثها محلا لاستيفاء هذا الحق فيشترى منه شاة وسطا تعطى للموصى له وإذا قيد وصيته هذه بمال معين كأن يوصي بشاة تشترى من ثمن هذه الدار تقيدت بذلك فتباع الدار ويشترى الشاة من ثمنها وعندئذ تكون الدار وحدها محلا لاستيفاء الوصية وتنفيذها ولذا تبطل الوصية بهلاكها أو باستحقاقها.



وإن كانت الوصية بعين مضافة إلى نوعها كشاة من غنمه فالحكم في ذلك كالحكم في الإيصاء بجزء شائع من ذلك النوع.

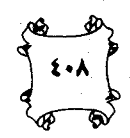
الوصية بنوع من أنواع التركة:

إذا كانت الوصية بنوع من أنواع التركة كالوصية بالكتب أو الغنم أو بالدراهم أو نحو ذلك فقد يكون هذا النوع معينا بوسيلة من وسائل التعيين كالإشارة ونحوها، وفي هذه الحال تكون الوصية بمعين وقد سبق حكمه في الوصية بالعين المعينة. وقد لا يكون معينا إلا بالإضافة إلى الموصي كأن يوصي بغنمه أو كتبه وسواء في هذه الحال أن يكون له هذا النوع عند الإيصاء أو لا يكون فالحالان في الحكم سواء، وهو أن العبرة بما يوجد له من هذا النوع عند الموت دون نظر إلى ما قد يكون موجودا عند الإيصاء فيكون للموصى له ما يوجد للموصي عند الموت ولو كان حادثا بعد الوصية حتى إذا لم يوجد منه شيء عند الموت بطلت الوصية.

الوصية بالدراهم المرسلة:

إذا أوصى شخص لآخر بنقود مرسلة غير معينة فقد تكون مطلقة غير مقيدة بأعيان من التركة كأن يوصي لفلان بألف جنيه، وقد تقيد كأن يوصي له بألف جنيه من أمواله في بلدة كذا أو من تجارته أو نحو ذلك، فإذا كانت مطلقة تعلق حق الموصى له بجميع التركة وكان ثلثها على الشيوع محلا للتنفيذ وإذا قيدت تعلق حقه بما قيدت به الوصية من أعيان فكانت هذه الأعيان وحدها محلا للتنفيذ مع مراعاة خروج الوصية من ثلث التركة جميعها حتى إذا هلكت هذه الأعيان بعد الموت بطلت الوصية لزوال محلها.

والموصي له في هذه الحال لا يعد شريكا للورثة في التركة ولا في عين من أعيانها ولا يثبت له ملك في عين من أعيانها تساوي قيمتها قيمة الوصية وإنما يعد بالنسبة إلى التركة بمنزلة الدائن الذي تعلق حقه بها وإن لم يكن دائنا



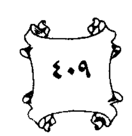
على الحقيقة فيوفى وصيته كما يوفى الدائن دينه مع مراعاة التقيد بمحلها على ما بينا وألا يتجاوز ثلث التركة إلا بإجازة الورثة، وإن العبرة بثلثها عند الموت أو عند القسمة والتنفيذ على ما سبق بيانه.

وينبغي أن يلاحظ أن حق الموصى له وإن كان ينفذ في ثلث التركة لا أن شيوع هذا الثلث يجعل هذا الحق في الواقع متعلقا بجميع أعيان التركة على سبيل البدل، ولهذا ذهب بعض الفقهاء إلى أن وصي التركة له أن يبيع أي عين منها لسداد الدين.

غير أن حق الموصى له في هذه الحال يخالف الدين في الأمور الآتية:

١- إن هذا الحق لا يشغل ذمة أحد فلا يشغل ذمة أحد من الورثة لأنهم لم يلتزموه ولا ذمة الموصي لأنه لم يوجد إلا بعد موته وإذن كان تعلقه بالتركة وأعيانها على الوجه الذي شرحناه.

٢- إن هذا الحق لا يمنع الوارث أن يتملك التركة كلها بمجرد وفاة الموصي - أما عند من يرى هذا الرأي في الدين من فقهاء الشافعية والحنابلة فالأمر بين، كذلك الوضع عند من يرى ذلك من الحنفية في الدين غير المستغرق، أما عند من يري أن الدين يمنع ملك الورثة وإن لم يستغرق فإن حق الموصى له قد خالف الدين في ذلك لأن حقه لا يتعلق إلا بثلث التركة على سبيل البدل كما قلنا فلا يجوز أن يمنع ملك الورثة فيما جاوزه، وهذا أيضا مع ضعف تعلقه دليل تقدم حق الدائن عليه عند التنفيذ والوفاء - فكان تعلقه بالتركة على العموم أضعف من تعلق الدين بها - وبناء على هذا لم يمنع الوارث من التملك كما منع الدين، ونتيجة ذلك أن الورثة سيتملكون التركة في هذه الحال محملة بحق الموصى له على الوجه الذي شرحناه. على أن من الحنابلة من ذهب في الوصية مذهبه في الدين في منع الورثة من التملك لتعلق كل منهما بالتركة، ولأن



الكتاب قد سوى بينهما فقال ﴿...مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ...(١١)﴾ [النساء]، وقد نسب ابن رجب هذا الرأي في قواعده إلى القاضي أبي ليلى من الحنابلة.

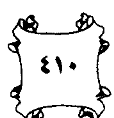
٣- إن الموصى له في هذه الحال مؤخر عن الدائنين فلا يحاصصهم إذا ما ضاقت التركة عن ديونهم ولا يساويهم في المنزلة، بل يسدد الدين أولا حتى إذا بقي شيء من التركة نفذت الوصية في ثلثه.

٤- إن الدين تؤخذ به أية عين وجدت، ولا يكون للوارث حق المعارضة في ذلك إلا إذا أراد استخلاصها بأداء الدين من ماله، أما هذا الحق فليس كذلك بل يكون تنفيذه في ثلث الأعيان الحاضرة على ما سيأتي بيانه. فإذا كان في الأعيان الحاضرة نقود تخرج من ثلثها أعطيت في الوصية فإن وفت فبها، وإلا بيع من الأعيان الحاضرة ما يقوم بالتنفيذ مع ملاحظة ألا يتجاوز ذلك الثلث من الأعيان الحاضرة كما سيأتي بيان ذلك.

٥- إن الدين لا يتأثر بهلاك بعض التركة فيستوفى من بقيتها ولو لم يبق للورثة وللموصى له شيء، أما الوصية فتتأثر بذلك لأنها تتقيد بثلث الباقي بعد الهلاك لما علمت من أنه يراعى في ثلث التركة الثلث عند التنفيذ على ما ذهب إليه الحنفية والمالكية وباعتبار أدنى قيمة وصلت إليها التركة بعد الوفاة على ما ذهب إليه الشافعية.

الوصية بالدين:

ذهب الحنفية إلى جواز الإيصاء بالدين سواء أكان ذلك للمدين به أم لغير المدين به، فإن كانت للمدين به فلا إشكال، لأنها تكون حينئذ تمليكا للدين منه عند الوفاة وذلك في معنى الوصية ببراءته من الدين وهي جائزة. وإن كانت لغير من عليه ذلك الدين فقد جازت استثناء، ففي تبويب الأشباه أن تملك الدين لغير من عليه الدين لا يجوز، وخرج عن ذلك حوالة الدين إلى أن قال: وخرج أيضا الوصية به لغير من هو عليه فإنها جائزة كما في



وصايا البزازية ص ٥٢٠ - وإلى هذا الرأي ذهب الزيدية. ففي البحر الزخار أن الوصية بما في ذمة الغير تصح اتفاقا إذ ما في ذمة الغير كالموجود لوجود سببه، وهذا الإطلاق يفيد صحتها للمدين بالدين ولغير المدين به.

ولم أعثر على نص صريح لغيرهم في حكم الوصية بالدين لغير من عليه الدين وإن كانت القواعد العامة وما ذكر في شروط الموصى به لا يرى فيه ما يمنع من صحة هذه الوصية وخاصة إذا ما لاحظنا أنهم يعتبرون الدين من الأموال.

هذا، وقد جاء في الأشباه والنظائر للسيوطي أن الدين الحال لا يتأجل وأن الروباني والمتولي استثنيا من هذه القاعدة ما إذا نذر الدائن ألا يطالب بالدين إلا بعد كذا أو أوصى بذلك وكفل وقيد في المطلب مسألة الوصية بأن تأجيل الدين يشترط في نفاذه أن يسعه ثلث التركة ص ٣٨٦ - غير أنه جاء في شرح الروض للشيخ زكريا الأنصاري أن الإيصاء بتأجيل الدين غير صحيح[١]، ولعل في ذلك رأيين.

وما من شك في أن الإيصاء بالدين لمن هو عليه ولغير من هو عليه صحيح في نظر قانون الوصية.

الوصية بالصوف واللبن والولد والحمل:

يرى الحنابلة أن الوصية بالحمل جائزة إذا ثبت أنه كان موجودا عند الإيصاء وإلا لم تصح لأنها تكون وصية بمعدوم وذلك غير جائز عندهم[٢] وذهب الشافعية إلى صحة الوصية بما سيحدث من حمل على الأصح[٣] وقيل لا تصح إلا بالموجود عند الوصية، ويرى الحنفية صحة الوصية بالحمل إذا ثبت أنه كان موجودا عند الإيصاء به على ما ذكره الطحاوي وصححه الإسبيجابي في شرح الكافي، وذكر الفقيه أبو الليث أن الشرط وجوده عند الموت واختار ذلك صاحب النهاية[٤].

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ج٣ ص ٣٥.
(٢) المغني جـ٦ ص ٤٧٤.
(٣) نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٥٠.
(٤) تكملة فتح القدير جـ ٨ ص ٤٣٥.

وجاء في الهداية - ومن أوصى بصوف غنمه أو بأولادها أو بلبنها فللموصى له ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء في ذلك أن ينص على الأبد أو لم ينص لأن ذلك يعد إيجابا عند الموت فوجب اعتبار قيام هذه الأشياء عندئذ وهذا بخلاف الثمرة والغلة المعدومتين عند الموت لأن الشرع جاء بورود العقد عليهما كالمعاملة والإجازة فاقتضى ذلك جواز الإيصاء بهما بالطريق الأولى لأن باب الوصية أوسع(١).

ولم يتعرض القانون للوصية بالصوف واللبن والولد والحمل فكان مذهب الحنفية هو المذهب الواجب التطبيق.

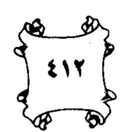
الوصية بالغلة والثمرة:

يرى الحنفية أن غلة العين اسم لما هو موجود من غلتها ولما سيوجد مما يتكرر مرة بعد أخرى وأن الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول ما لم يوجد إلا بقرينة أو دلالة لفظ زائد.

وبناء على ذلك ذهبوا إلى أن الموصي إذا أوصى بثمرة أرضه أو بستانه وأطلق في وصيته كان للموصى له الثمرة القائمة وقت وفاة الموصي دون غيرها مما يحدث بعدها من الثمار. وإذا نص على الأبد فقال بثمرة أرضه أو بستانه أبدا كان للموصى له الثمرة القائمة عند الموت وما يحدث بعدها من ثمرات مدة حياة الموصى له - وكذلك الحكم إذا لم يكن بالأرض أو بالبستان ثمر عند الوفاة إذ يكون ذلك قرينة على إرادة ما سيحدث من ذلك، وقد كان القياس أن تبطل الوصية في هذه الحال لانعدام الموصى به ولكن استحسن ألا تبطل ويراد ما سيحدث كما لو ذكر الأبد.

أما إذا أوصى بغلة أرضه أو بغلة بستانه فإن للموصى له ما يكون موجودا من الغلة عند وفاة الموصي وما سيحدث فيها بعد ذلك سواء أطلق الموصي وصيته أم أبدها، وسواء وجد عند الوفاة غلة أم لم يوجد، وكل ذلك

(١) الهداية جـ ٨ ص ٤٧٤.



مع ملاحظة خروج أرضه أو بستانه من ثلث التركة - وعندما تكون الوصية بالبستان ثم يحدث فيه شجر أو نخيل من أصول ما به من الشجر أو النخيل فيثمر فإن ثمره يدخل في الوصية(١).

وذهب الحنابلة إلى أنه لا فرق في المعنى والدلالة بين الغلة والثمرة فللموصى له ما يكون موجودا عند وفاة الموصي وما سيحدث أطلق أم نص على الأبد، وهو مذهب الشافعي ومالك والثوري وذلك ما لم تكن هناك قرينة تدل على إرادة غير ذلك، وبهذا أخذ القانون مادة ٥٥ ونصها:

«إذا كانت الوصية بالغلة أو بالثمرة فللموصى له الغلة أو الثمرة القائمة وقت موت الموصي وما يستجد منها مستقبلا ما لم تدل قرينة على خلاف ذلك».

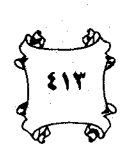
تنفيذ الوصية:

ذكرنا فيما مضى أن الوصية إن وسعها ثلث التركة بعد وفاء ديونها نفذت فيه، وإن زادت عليه نفذت فيما يحمله الثلث منها وتوقفت فيما زاد على إجازة الورثة - وذكرنا أيضا كيف يقدر ثلث التركة وهل يعتبر ثلثها عند الموت أو عند التنفيذ، وبينا الخلاف في ذلك وما ذهب إليه قانون الوصية. كما ذكرنا أن الدين مقدم على الوصية وأن التركة إذا كانت محاطة بالدين لم تنفذ الوصية إلا بسقوط هذا الدين بأي سبب من أسباب سقوطه فإن سقط بعضه اعتبر باقي التركة تركة خالية من الدين فتنفذ الوصية في ثلثها على ما بيناه، وأن العبرة بوجود الدين عند الوفاة لا عند الإيصاء، وكذلك ذكرنا أن الوصية إذا كانت بعين معينة فبيعت في الدين لتعلق الدين بها؛ لأنها كانت مرهونة به، أو بيعت لتقدم الدين على الوصية رجع الموصى له بها بالثمن في ثلث الباقي من التركة بعد سداد جميع ديونها.

وكذلك قدمنا أن وصية من لا وارث له ولا دين عليه تنفذ في جميع ماله ولا تتقيد بالثلث ولا تتوقف على إجازة الخزانة العامة مواد ٣٧، ٣٨، ٣٩.

---

(١) راجع الهندية ج٦ ص ١٢٢، ١٢٣.



وبناء على ذلك إذا كانت الوصية واجبة النفاذ لتوافر جميع الشروط اللازمة لذلك فإن كانت بعين أعطيت تلك العين للموصى له وليس للورثة حق الاعتراض لثبوت ملكه فيها أو في عين من أعيانها في التركة أو في تلك العين، وإن كانت بسهم شائع في التركة كان شريكا للورثة وقسمت التركة أو العين بين الموصى له والورثة على حسب سهامهم كما يقسم أي مال مشترك بين الشركاء فيه. وإن كانت بمال مرسل وكان في التركة جنس هذا المال أعطى الموصى له منه وصيته إن وفّى فإن لم يوف أو لم يكن فيها جنس ذلك المال بيع من أعيان التركة، ما يفي بذلك ويقوم بذلك الوصي على التركة أو الورثة أو القاضي عند إبائهم.

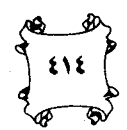
وليس للورثة معارضة الوصي في بيع ما يرى بيعه من التركة لتنفيذ الوصية إلا إذا أرادوا استخلاصه لأنفسهم واختصاصهم به بتنفيذ الوصية من أموالهم.

ومحل هذا كله إذا لم يكن بعض التركة دينا أو مالا غائبا عند التنفيذ - والمراد بالمال الغائب ما كان خارجا عن تصرف الموصى له والورثة بعد الوفاة، أو كان في معنى ذلك كأن كان في بحر أو طريق غير مأمون وخيف من ضياعه.

أما إذا كانت التركة تحوي شيئا من ذلك فالحكم كما يلي:

تنفيذ الوصية إذا كان في التركة دين أو مال غائب:

اتفقت كلمة الفقهاء على ألا يعطى الموصى له فعلا عند التنفيذ إلا ما يخرج من ثلث أعيان التركة الحاضرة وأن ينتظر فيما بقي له مما أوصى له به حضور بقية أعيان التركة، فكلما حضر منها شيء أعطى من الموصى له به بقدر ثلث ما حضر حتى يستوفي وصيته، غير أن الحنابلة إنما يعتبرون حضورها عند الوفاة ولا تأثير لغيبته بعد ذلك في حق الموصى له إذا ما أوصى له بعين حاضرة أو بوصية مرسلة مثلا، بخلاف الحنفية والمالكية إذ إنهم إنما يعتبرون حضورها عند التنفيذ، ووجه ما ذهب إليه الفقهاء من ذلك أن للمال



الحاضر فضلا على المال الغـائب فربما توى المال الغائب أو ضاع أو لم يستطع الحصـول عليه فيكون هالكا، أو كالهـالك، ومن العدل حينئـذ ألا يختص به الورثة إلا كان غبنا عليهم.

وبناء على ذلك يرى الحنفـية أنه إذا أوصى إنسان بقـدر من المال كألف جنيه أرسلهـا، أو عينها بالإشـارة أو بالمكان مثلا، أو أوصى بجـزء شائع في التركة، أو شائع في عين منها، أو أوصى بعين غير معينة كسيارة أو نحو ذلك من الأموال الحاضرة، وكان الموصى به يخـرج من ثلث التركة على حسب ما بينا من وجوه الخـلاف، وكانت التـركة عند الوفاة مكـونة من أعيان حـاضرة وأخرى غائبة، أو كانت مكونة من أعـيان حاضرة وديون، فإنه يجب أن ينظر إلى الحاضر من التركة فإن خرج من ثلثه الموصى به أعطى جميعه إلى الموصى له في جميع الأحوال المذكورة، لتقدم الوصية على الميراث، ولأن الموصي أراد أن يختص الموصى له بهذا القدر من التـركة، وهو قدر يجب أن يسلم إليه لو أن التركة لا تـتكون إلا من هذا المال الحاضر؛ ولذا يكون تسليمـه إليه أوجب إذا ما تكونت منه ومن غيره.

وإن لم يخـرج من ثلثـه الموصى به أعطينـا الموصى له منه قـدر الثلث فقط، ثم انتظرنا بما بقي له من وصيتـه، فكلما حضر شيء أعطى الموصى له من العين الموصى بها - إن كانت الوصية بعين - أو من التركة إن كانت بنقود بقدر ثلثه حتى يستوفي حقه. ولنضرب مثلا موضحا: إذا أوصى إنسان لآخر بألف جنيه أو بدار قـيمتهـا ألف جنيه أو بثلث أرضه التـي تبلغ قيمتـها ثلاثة آلاف جنيه، ثم وجدنا أن قيمة ما حـضر من أعيان التركة بما في ذلك الموصى به ثلاثة آلاف جنيه أو تزيد، فإننا نـعطى الموصى له كل الموصى به، فإن كان في التركة نقود تفي بالمبلغ الموصي كما سيأتي، كما ننفذها بتسليم جميع الدار الموصى بها إلى الموصى له أو بتـسليم الحصة الشائعـة في الأرض عند الوصية بذلك. ولكن إذا وجـدنا أن قيـمة الأعيـان الحاضـرة من التركـة بما في ذلك الموصى به مائتا جنيه وألف فقط فـإننا لا نعطي الموصى له حينئذ إلا أربعمائة



جنيه إن كانت الوصية بألف جنيه، وإلا قيمته من الدار أو من الأرض أربعمائة جنيه إن كانت الوصية بالدار أو بثلث الأرض، فإذا اقتضينا من التركة ديونا قيمتها ستمائة جنيه أو عثرنا على عروض كانت ضائعة للتركة أو استرددناها من غاصبها وكانت قيمتها ستمائة جنيه أعطينا الموصى له من بقية الألف مائتي جنيه أو جزءا من الدار أو من الأرض قيمته مائتا جنيه، وهكذا نفعل كلما حضر شيء من أعيان التركة حتى يستوفي الموصى له جميع الألف ويتسلم كل الدار أو ثلث الأرض ذهب إلى ذلك الفقهاء من الحنفية.

وبناء على ذلك يكون ما يبقي من الموصى به عند تعيينه موقوفا إلى أن يحضر الغائب من أعيان التركة أو يظهر هلاكه عليها ما دام الحاضر لا يخرج من ثلثه الموصى به، وعلى حسب ذلك يتبين حال ما بقي من الموصى به نهائيا أهو للموصى له أو للورثة، غير أنه يلاحظ أن العبرة عند الحنفية بحضور الأعيان عند التنفيذ فلو كانت حاضرة عند الوفاة ثم غابت بلا إهمال يستوجب الضمان قبل التنفيذ فإنها تعتبر غائبة خلافا للحنابلة.

هذا هو مذهب الحنفية لا يفرقون بين أن تكون الوصية بنقد أو بعين معينة أو بعين غير معينة أو بجزء شائع كما هو صريح تفريع المبسوط وضربه الأمثال وكما هو مقتضى تعليلهم هذا الحكم. وعلى ذلك فما يرى في كثير من كتب الحنفية في هذا الموضوع من التمثيل له بالوصية بالنقد لا يراد به التقييد وإنما جاء في كلامهم مجرد مثال للتوضيح.

وكذلك لا يفرق الحنفية بين أن يكون المال الحاضر من أعيان التركة نقودا أو عقارا أو عروضا أو حيوانا فيحتسب قيمة كل ذلك لكي تنفذ الوصية في الحال بقدر ثلث قيمة جميع الموجود من الأعيان، وذلك ما يؤخذ من عبارة المبسوط وضربه الأمثال ومن بيانه للعين والدين في مثل هذا الموضع، وهو أيضا صريح عبارة مجمع الأنهر، وعلى هذا الأساس يجب أن تفسر كلمة (العين) التي ترد في كتب أكثر الحنفية عند تعرضهم لبيان هذا الموضوع بقولهم: وإذا أوصى بألف وله دين وعين فإن خرج من ثلث العين دفع إليه

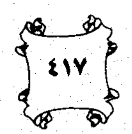


وإلا أعطي بقدر ثلث العين ا هـ. فيكون المراد منها كل ما حضر من أعيان التركة، ومن هذا يتبين أن ما ذهب إليه بعض المؤلفين من الحنفية من تفسير العين بالنقد ليس بالتفسير الدقيق.

وكذلك لا فرق بين أن يكون الغائب من أعيان التركة دينا أو عروضا شائعا أو مغصوبة أو في بلد محارب وإن لم يصرح الحنفية بذلك وذلك أخذا من تعليلهم تقديم العين على الدين بأن العين فضلا على الدين فإن الدين قد يتوى فيضيع على الورثة. ومن قولهم إن للحاضر فضلا على الغائب فقد لا يستطاع الحصول على المال الغائب لأي سبب من الأسباب.

وإنما يعد الدين من الأموال الغائبة إذا كان على أجنبي، أما إذا كان على أحد الورثة أو كان على الموصى له فلا يعد جميعه غائبا، ذلك لأننا عند قسمة ما حضر من الأموال نعتبر كلا من الوارث المدين والموصى له المدين قد استوفي حقه في التركة مما عليه من الدين لها إن كان الدين مثل حقه أو أكثر، أو قد استوفى من ميراثه أو وصيته بقدر ما عليه من الدين إن كان الدين أقل من حقه، فيسقط عنه الدين بذلك، وكان الدين قد أخذ من الموصى له ثم دفع إليه في وصيته، وبذلك يصير الدين الذي على الوارث أو على الموصى له متى لم يزد على حق كل في التركة مالا حاضرا، وإن شئت قلت نعتبر من الأموال الحاضرة ما يساوي حق هؤلاء في التركة من دين التركة عليهم دون ما يزيد على حقوقهم منه فإنه يعتبر غائبا، فإن لم يزد الدين على الحق اعتبر الدين كله مالا حاضرا. وعلى هذا يضم هذا الدين إلى الأموال الحاضرة فيراعى في قسمتها على الورثة والموصى له ولنضرب مثالا يوضح ذلك: إذا أوصى شخص لآخر بربع تركته وترك ورثة هم بنتان وابن مدين بأربعمائة جنيه وترك أموالا حاضرة قيمتها مائتان وأربعون جنيها فإننا نسلك الطريق الآتي عند القسمة.

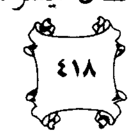
الورثة ابن وبنتان فيكون لكل بنت سهم وللابن سهمان من أربعة أسهم تنقسم إليها التركة بعد تنفيذ الوصية، وبما أن الوصية بربع المال تكون ثلاثة



أرباعه الباقية عبارة عن السهام الأربعة التي تنقسم إليها التركة بعد الوصية وتقسم على الورثة، وعلى هذا الأساس تكون كل تركة بما فيها الوصية عبارة عن خمسة أسهم وثلث سهم من جنس السهام الأربعة، منها للورثة أربعة أسهم وللموصى له سهم وثلث سهم، ولتصحيح السهام نضربها في ثلاثة «مقام ثلث السهم» فتكون جملة السهام ستة عشر سهما، منها اثنى عشر سهما للورثة (لكل بنت ثلاثة أسهم وللابن ستة أسهم)، والباقي أربعة أسهم للموصى له وهو ربع التركة، وعلى ذلك يكون ما يخص البنتين والموصى له هو (٣ + ٣ + ٤ = ١٠) عشرة أسهم من التركة، وهو ما يقسم إليها المال الحاضر، لأن الابن لا يعطى أي شيء من التركة الحاضرة بسبب أن دينه أكثر من التركة فعلا، إذ إن الدين بمبلغ أربعمائة جنيه بينما تبلغ التركة أربعين جنيها ومائتين فقط، وإذن لا يعطى هذا المبلغ إلا للموصى له والبنتين، ومجموع سهامهم عشرة أسهم، فيكون مقدار السهم أربعة وعشرين جنيها، لكل بنت اثنان وسبعون جنيها، وللموصى له ستة وتسعون جنيها، وسقط عن الابن من الدين أربعة وأربعون جنيها ومائة ضعف ما للبنت وهو مقدار إرثه مما يعين حاضرا، فصار ما بقي عليه من الدين ستة وخمسين جنيها ومائتين واعتبر أن المال الحاضر الذي تتكون منه التركة هو (٢٤٠ + ١٤٤ = ٣٨٤) أربعة وثمانون جنيها وثلثمائة، أخذ الموصى له منه ربعه ٩٦ وهو بالنسبة إلى المال الحاضر حقيقة خمساه وأخذ باقيه البنتان والابن.

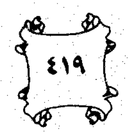
وهكذا تكون القسمة ما دام دين الابن يزيد على أربعة وأربعين جنيها ومائة وذلك ما يعتبر مالا حاضرا يراعى عند القسمة، فإذا لم يزد عن ذلك ضم الدين جميعه إلى قيمة المال الحاضر وهي أربعون جنيها ومائتان، ثم يقسم المجموع على ستة عشر سهما لتصل إلى معرفة مقدار السهم، ثم إلى مقدار نصيب كل من الورثة والموصى له، على أن يحتسب كل الدين من نصيب الابن المدين ولا يعطى إلا زيادة عليه إن زاد.

وكذلك الحال إذا كان الموصى له المدين، غير أن الطريق إلى قسمة التركة بينه وبين الورثة في هذه الحال أيسر، فإنه يكفي لذلك أن يوازن بين



الدين الثابت في ذمة الموصى له وبين قيمة ما أوصى له به من التركة مع إضافة مقدار الدين إلى أعيانها، فإن كان مساويا لها أو أكثر لم يعط الموصى له شيئا من التركة الحاضرة أعيانها، لأنه يعتبر حينئذ مستوفيا حقه في الوصية مما عليه من الدين، فتقسم الأموال الحاضرة حقيقة بين الورثة فقط، ويطالبون الموصى له بما يبقى من الدين عليه بعد أن يستوفي منه وصيته إن بقيت منه بقية، وإن كان الدين أقل من الموصى به اعتبر الدين جميعه مالا حاضرا فضم إلى قيمة الأعيان الحاضرة، وقسم على الجميع، على أن يكون الدين جميعه من حظ الموصي. فإذا توفي شخص عن بنت وزوجة وتركة حاضرة تبلغ قيمتها أربعمائة جنيه وألفين، وقد أوصى لشخص بثلث تركته، وكان هذا الشخص الموصى له مدينا بستمائة جنيه، ففي هذه الحال تعتبر قيمة التركة الحاضرة ثلاثة آلاف جنيه عبارة عن ٢٤٠٠ جنيه مضافا إليها ٦٠٠ جنيه مقدار الدين للموصى له منها ألف جنيه وصية يحتسب منها الدين وهو ستمائة جنيه، فيكون له من المال الحاضر حقيقة ما قيمته أربعمائة جنيه، ويكون الألفان للورثة؛ وإن كان الموصى له مدينا بخمسمائة جنيه وألف فإنه لا يعطى شيئا من المال الحاضر فعلا، لأن دينه أكثر من نصف ذلك المال وهو ما يستحقه منه وصية وذلك على أساس استقلال الورثة به، ويجب أن يكون ضعف ما للموصى له فيكون للموصى له من دينه وصية مبلغ ١٢٠٠ جنيه للموصى له منه ١٢٠٠ جنيه تقتطع من دينه، فيبقى منه بعد ذلك مبلغ ثلثمائة، عليه للتركة فيكون له منها بمقتضى الوصية ثلثها وهو مائة جنيه، ويبقى للورثة في دينه مائتا جنيه يطالبونه بها، وذلك مقدار زيادة الدين على ما أوصى له به.

ذلك رأي الحنفية وقد أخذ القانون بهذا الرأي عند ما تكون الوصية بسهم شائع في التركة أو بقدر من النقود، أما إذا كانت الوصية بعين منها فقد عدل عنه القانون إلى ما يأتي بيانه انظر م ٤٣، ٤٤ وهذا الرأي يحقق إرادة الموصي في أن يعطى الموصى له ما أوصى له به لا غيره.



رأي الشافعية والحنابلة:

وأما الحنابلة والشافعية فلهم في ذلك رأيان، أحدهما ما ذهب إليه الحنفية وهو ما بيناه، غير أن الحنابلة يقومون ما يحضر من التركة بقيمته عند الموت ولكن على اعتبار أدنى صفة كانت له فيما بين وقت الموت ووقت التحصيل أو الحضور، لأنه كان غير مضمون على الورثة قبل قبضه فإذا نقص بسبب من الأسباب قبل الحصول عليه كان نقصه على التركة فتعتبر حاله عند هذا النقص أساسا، ولكن على أن يقوم بحسب الأسعار التي كانت لمثل هذه الحال عند الموت، وإذا زاد لم تعتبر الزيادة لأنها زيادة مال مملوك للورثة[١] أما الحنفية فيعتبرون القيمة عند القسمة على حسب حاله عند ذلك ولا يبعد أن يكون ذلك هو مذهب الشافعية لإطلاق عبارتهم.

وثانيهما أن الموصى له لا يكون له من وصيته إلا بقدر ما يخرج من ثلث المال الحاضر من التركة عند الوفاة كما تقدم، فقد جاء في شرح الروض في باب الوصية[٢]: إذا أوصى إنسان بعين لا تزيد عن ثلث ماله وهي حاضرة وباقي التركة غائب ملك الموصى له منها ما يوازي ثلث المال الحاضر فقط لجواز تلف الغائب وعدم إجازة الوارث اهـ. وفي كشاف القناع: وإن لم يكن للموصي سوى ما أوصى به من مال معين إلا مال غائب فللموصى له ثلث الموصى به وكلما حضر من الغائب شيء ملك الموصى له من الموصى به قدر ثلثه حتى يملكه كله اهـ[٣].

والعبارتان تدلان على أن الموصى له لا يتملك من الموصى به المعين إلا بقدر ما يسعه ثلث المال الحاضر وإن خرج من ثلث التركة كلها ولا يملك بالقبول ما عدا ذلك إلا عند حضور ما يسعه ثلثه غير أن ذلك في حاجة إلى بيان الوقت الذي يجب أن يعتبر فيه حضور أعيان التركة وغيبتها. فالحنابلة

---

(١) راجع كشاف القناع جـ٢ ص ٥٢٣.

(٢) شرح الروض جـ ٣ ص٤٢.

(٣) كشاف القناع جـ ٢ ص ٥٢٣.

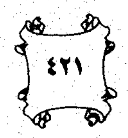


يرون أن العبرة في ذلك بوقت الوفاة فلا يغير الموصى به أن يغيب بعد ذلك بعض أعيان التركة لأنه لا يغيره عندهم أن تهلك فحال الغيبة أولى بهذا الحكم وذلك ما يظهر من عباراتهم في كتبهم.

أما غيرهم من الفقهاء وهم الذي يجعلون لهلاك بعض أعيان التركة بعد الوفاة وقبل التنفيذ تأثيرا في الوصية فإنهم يعطون هذا الحكم أيضا للغيبة لأنها قد تكون طريقا إلى الهلاك، وعلى ذلك فالعبرة عندهم في ذلك بوقت التنفيذ، هذا ما يظهر لي.

وبناء على ما تقدم إذا كان الموصى به عينا معينة لم تسلم إليه مع ذلك، ولا يسلط على ما يحمله منها ثلث المال الحاضر، بل يوقف أمرها حتى يتبين المال الغائب. ذلك لأنه لو سلط الموصى له على ما يحمله منها ثلث المال الحاضر فتصرف فيه وانتفع به، وجب أن يسلط الورثة كذلك على ما بقي منها حتى يرتفع الغبن عنهم. وذلك متعذر، لأنه لو أجيز لهم أن يتصرفوا فيه، فباعوه أو وهبوه مثلا، ثم سلم المال الغائب فحضر بعد ذلك فإن العين كلها تظهر سلامتها للموصى له، ويتبين أنه لم يكن للورثة حق التصرف في شيء منها، وذلك يؤدي إلى الإضرار بالموصي له إن نفذ التصرف، أو بمن تصرف معه الورثة إن لم ينفذ، لهذا يجب ألا يسلط الموصى له على شيء من العين الموصى به في هذه الحال، قال الزركشي من الشافعية ومن رأى رأيه أن هذا التعليل يقتضي أن التصرف الممنوع هو التصرف الذي ينقل الملكية أو يرتب للغير حق. لأن الضرر لا يترتب إلا عليه، أما الانتفاع فلا ضرر فيه، لأنه إذا ظهر أن جميع العين الموصى بها من حق الموصى له بعد أن يكون الورثة قد انتفعوا بشيء منها لم يترتب على ذلك إلا إلزامهم بقيمة ما انتفعوا ولا ضرر في ذلك.

وهذا الرأي الثاني هو أصح القولين عند الشافعية وأضعفهما عند الحنابلة، وفي رأيي أنه محل نقد، لأن ما يستحقه الموصى له ابتداء من العين الموصى بها بحسب ما يحمله ثلث المال الحاضر يستحقه بصفة مؤكدة مستقرة

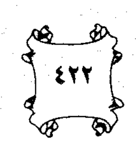


لا تحتمل الزوال، بدليل أنه يجب أن يسلم إليه إذا لم يترك الموصي إلا هذه الأموال الحاضرة، وإذا ملكه بصفة مستقرة وجب أن يسلط عليه نتيجة لملكه، ولا يلزم من ذلك تسليط الورثة على باقيها، لأن حقهم فيه لم يستقر ولا يزال للموصى له حق متعلق به.

وإذا كان الموصى به معينا فسلم إلى الموصى له منه ما حمله ثلث المال الحاضر على الرأي الأول لم يسلم إلى الورثة باقيه إذا كانت الوصية تخرج من ثلث كل المال، بل يوقف حتى يظهر مآل بقية المال، وإنما يسلم إلى الورثة ما عداه أو ما زاد ماله على ثلث المال كله، فلو ترك الموصي عينا قيمتها عشرة ودينا قيمته عشرة وأوصى بنصف العين، سلم إلى الموصى له ثلث العين، وهو ما يخرج من المال الحاضر «العين»، وسلم إلى الورثة نصفها وهو الباقي منها بعد الوصية، ووقف السدس وهو بقية الوصية حتى يظهر مآل الدين، فكلما أخذ منه شيء أعطي للموصى له منه بقدر ثلثه حتى يستوفي السدس الموقوف، ولو ترك عينا قيمتها تسعة ودينا قيمته تسعة وأوصى بالعين لرجل أعطي الموصى له ثلثها وهو ما يحمله ثلث المال الحاضر، وأعطي الورثة ثلثها وهو ما زاد عن ثلث كل المال، وبقي ثلثها وهو بقية الوصية النافذة موقوفا، فكلما استوفي من الدين شيء فللموصى له من هذا الثلث بقدر ثلثه حتى تتم وصيته النافذة وهي ثلثا العين.

رأي المالكية:

وأما المالكية فيرون كذلك رأي غيرهم في وجوب تنفيذ الوصية وتسليم الموصى له جميع ما أوصى له به إذا ما خرج من ثلث ما حضر من التركة، لا يستثنى من ذلك إلا مسألة واحدة اختلف فيها نظرهم، تلك هي مسألة الوصية بالنقد، فقد ذهب ابن القاسم في المجموعة إلى أنه لو أوصى شخص لآخر بمائة دينار أو بمائة درهم لم يعط ذلك كله إليه، عندما يحمله ثلث التركة جميعها، إلا إذا كان فيما تركه الموصي من الأموال الحاضرة نقد يحمل ثلثه هذه الوصية، بأن يكون من الأموال الحاضرة ما لا يقل عن ثلاثمائة درهم



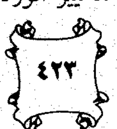
«عينا»، فإن لم يكن فيها من النقد ما يفي ثلثه بهذه الوصية خيِّر الورثة بين أمرين، إما إجازة الوصية وتسليم الموصى له ما أوصى به إليه من نقد، وإما إعطاء الموصى له ثلث جميع التركة حاضرها وغائبها فيصبح شريكا لهم في ثلثها كلها، وإن زادت قيمتة ذلك الثلث عن قيمة النقود الموصى بها، لا فرق في ذلك بين أن تخرج النقود الموصى بها من ثلث. الأموال الحاضرة أو لا تخرج، ذلك لأن للنقد مزية، إذ يصل به المنتفع إلى كل ما يريد من ساعته لأنه وضع للثمنية، بخلاف غيره من العروض فإن لها منفعتها الخاصة بها، وإذا أريد غيرها لم يتيسر ذلك إلا عن طريق المبادلة، لهذا جعل النقد في حكم التركة المنفردة فروعي ثلثه وحده، فليس النقد عنده في حكم التركة المفردة، ولا مزية له على غيره من العروض، وعند أشهب يعطى له الموصى به من النقود الحاضرة مادام أن ثلث ما حضر من التركة يتسع له.

وإذا لم يخرج الموصى به من ثلث الأموال الحاضرة كان لهم في ذلك رأيان: أحدهما تخيير الورثة بين الإجازة وبين النزول للموصى له عن ثلث كل التركة حاضرها وغائبها، لأن الموصي حين أراد اختصاص الموصى له بما أعطاه تجاوز حقه فيما ينفذ على الورثة، فإما أن يجيزوا وإما أن ينزلوا عما كان للموصى من حق في التركة يعطيه إذا شاء جبرا عن الورثة وهو ثلث الجميع فيعطى للموصى له.

وثانيهما إعطاء الموصى له من الموصى به قيمة ثلث ما حضر من أعيان التركة فيكون شريكا للورثة فيه بذلك القدر له منه ذلك وباقيه للورثة ثم بعد ذلك يخير الورثة بين إجازة الوصية في بقية الموصى به وبين إعطاء الموصى له ثلث المال الغائب فيكون شريكا لهم فيه بقدر الثلث[1].

وقال في المنتقى نقلا عن المجموعة لأشهب: إذا أوصى بهذه البقرة بعينها لزيد وبهذا الفرس بعينه لعمرو وهما حاضران «يخرجان من ثلث التركة

(١) راجع منح الجليل والحطاب والمنتقى، والذي استنبطه من هذه الآراء أن المالكية لا يثبتون للموصى له ملكا فيما لا يخرج من ثلث المال الحاضر، إذ لو كان ما يزيد عن ثلث المال الحاضر من الموصى به مملوكا للموصى له ما كان هناك محل لتخيير الورثة هذا التخيير كما هو ظاهر.



جميعها أولا يخرجان»، فإن خرجا كذلك من ثلث ما حضر من أموال التركة مضى ذلك ونفذ وسلم كل منهما وصيته، وإن لم يخرجا من ثلث الحاضر نفذ منهما بقدر ما يخرج من ثلث الحاضر، فإن كانت قيمة جميع الحاضر ثلثمائة ومنه البقرة مائة والفرس مائة أعطى كل واحد منهما نصف ما أوصى له به وقيمة ذلك ١٠٠ لكل منهما ٥٠ ليكون النافذ ثلث قيمة الحاضر، ومقدار ذلك مائة بين البقرة والفرس مناصفة، ثم خير الورثة بين أن يعطوها النصف الباقي في البقرة والفرس، وذلك بإجازتهم الوصية أو يعطوهما ثلث المال الغائب وهذا قول أشهب، وقال ابن المواز: قد قيل هذا، ونحن نستحسن إن لم يجز الورثة الوصية أن يعطى الموصى لهما فيما حضر من التركة وغاب منها الثلث، وعلى هذا فلا يكون لهما في البقرة والفرس إلا الثلث لا النصف[1]، وبناء على ذلك يرى أن أشهب لا ينقل الوصية من الموصى به إلى ثلث جميع التركة إلا إذا زادت قيمتها على الثلث، أما إذا احتملها الثلث فال ينقلها إلى ثلث التركة وإن منعت غيبة بعض المال خروج الموصى به من ثلث المال الحاضر، ويرى ابن المواز أن كل ما يمنع استيعاب الوصية في العين الموصى بها ينقل الوصية إلى ثلث جميع المال، سواء كان ذلك لأن الموصى به يزيد عن ثلث التركة أو لأنه لا يخرج من ثلث المال الحاضر. اهـ بتصرف وإيضاح.

وقال ابن رشد في بدايته: إذا أوصى شخص بثلث ماله لرجل، وعين ما أوصى له به في ماله على أنه الثلث، فقال الورثة ذلك الذي عينه الموصي أكثر من ثلث ما ترك، قال مالك في ذلك: الورثة مخيرون بين أن يعطوه ذلك المال الذي عينه الموصي في وصيته وبين أن يعطوه الثلث من جميع مال الميت. وخالفه في ذلك أبو حنيفه والشافعي وأحمد وأبو ثور وداود الظاهري، وعمدتهم أن الوصية قد وجبت للموصى له بموت الموصي وقبوله

---

(١) والظاهر أن الورثة يخيرون حينئذ بين إعطاء باقي البقرة أو إعطاء ثلث المال الغائب.

إياها باتفاق، فكيف ينقل عن ملكه الذي وجب له إلى غـيره بغير طيب نفس منه؟ أليس في ذلك تغيير الوصية وتبديل لها وهو منهي عنه؟

وعمدة مالك - رحمه الله - في قـوله إمكان صدق الورثة فيما ادعوه. وما أحسن ما رآه أبو عمر بن عبد البر في ذلك إذ قال: إذا ادعى الورثة ذلك كلفوا بيـان ما ادعوا، وإقـامة الحجـة عليه، فإن أثبـتوا أعطى الموصى له من وصيـته بقـدر الثلث من مال الموصي، وكـانت العين المعينة شركـة بينه وبين الورثة، وإلا أجبروا على إخراجها وتسليمها إلى الموصى له.

وإذا لم يختلفوا في أن ذلك الشيء الموصى به هو فوق الثلث «بل اتفقوا على ذلك» فرأى مـالك أن الورثة يخيـرون بين أن يدفعوا إلـى الموصى له ما أوصى له به أو أن يعطوه جميع ثلث مال الميت، إما في ذلك المال المعين وإما في جميع التركة على اختلاف الرواية عنه في ذلك. وقال أبو حنيفه والشافعي له في ذلك المال المعين بقدر ثلث ما حضر من أموال التركة، ثم يكون شريكا للورثة فيما غاب منهـا بقدر ما يبقى له من وصيته بعد احـتساب ما أخذه في المال المعين، وكلما حضـر شيء منها أعطى بقدر ثلثه فيـما أوصى له به حتى يستوفي حقه كما تقدم، وسـبب هذا الخلاف أن الميت لما تعدى فجعل وصيته بشيء بعينه يزيد عن ثلث التركـة اختلفوا في الحكـم أيكون الأعدل في حق الورثة أن يخيروا بين إمضاء الوصية أو يخرجوا له من تركة الميت إلى غاية ما يجـوز له أن يوصي به من تركـتـه وهو ثلثـهـا، أو الأعـدال أن يبطل ذلك التـعـدي؟ وبطلان التـعدي هو الأولـى لأن تكليف الورثة بأن يمضـوا أو بأن يتخلوا عن جميع الثلث حمل عليهم اهـ بتصرف وإيضاح.

ومن هذا يتبين ما في المسألة من خلاف واتفاق. فعدم إعطاء الموصى له جمـيع ما أوصى له به إذا كان لا يسـعه ثلث المال الحـاضر من التركـة محل اتفاق بيـنهم عند عدم إجـازة الورثة ذلك غاية الأمـر أن الحنابلة يعتـبرون في ذلك وقت الوفاة. وأما إعطاؤه منه بقدر ما يسعه هذا الثلث على أن ينتظر بما يبقى له من وصيته ما يحضر بعـد ذلك من أموال التركة - فكلما حضر شيء



منها استوفي من بقية وصيته بقدر ثلثه - فهو رأي الحنيفة والشافعية والحنابلة كما بينا، وأما المالكية فيخالفونهم في ذلك، إذ يخيرون الورثة بين أن يجيزوا الوصية كما هي وبين أن يعطوا الموصى له جميع ثلث التركة حاضرها وغائبها بدلا عما أوصى له به - وإن زاد عليه - «كما في الجواهر على رواية»، أو أن يعطوه في العين الموصى بها بقدر ما يحمله ثلث الحاضر من أموال التركة ثم يعطوه بعد ذلك ثلث جميع المال الغائب بدلا عما بقي له من وصيته - وإن زاد قيمة عنه - على رواية أخرى[1].

ما ذهب إليه قانون الوصية:

أما ما ذهب إليه قانون الوصية من ذلك فهذا بيانه:

أولا: إذا كانت الوصية بنقود مرسلة غير معينة وكان يتسع لها ثلث التركة كلها ولكن لا يحملها ثلث ما حضر من التركة من أموال استحق الموصى له منها نقدا بقدر ثلث ذلك المال الحاضر - ويكون للورثة بقية ذلك المال وكلما حضر بعد ذلك شيء من المال الغائب سواء أكان من وفاء دين للتركة أو رد عين مغصوبة أو نحو ذلك أخذ الموصى له بقدر ثلثه نقدا بعد بيع ما يفي بذلك منه إن لم يكن فيه نقد وهكذا حتى يستوفي الموصى له جميع وصيته من النقود. وقد استفيد هذا الحكم من المادة ٤٣.

ثانيا: إذا كانت الوصية في الحال السابقة بعين معينة نقودا كانت أم غير نقود استحق مثله الموصى له جزءا يساوي قيمته ثلث الحاضر من الأموال وكان باقيها للورثة - وكلما حضر شيء من الدين إن كان أو من المال الغائب استحق الموصى له ثلثه حتى يستوفي حقه وذلك بأخذه قيمة ما بقي له من العين الموصى بها. مثال ذلك: أوصى شخص لآخر بدار من أمواله وأصر

---

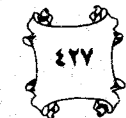
(١) وقد علمت أن أساس ذلك كله في رأينا أنهم جميعا يرون أن الموصى له لا يتملك فعلا إلا ما يسعه ثلث ما يحضر من أموال التركة، وما عداه موقوف أمره فلا يدري الملك فيه للموصى له أو للورثة؟ وإنما يتقرر حاله بتصفيه التركة وحضور الموجود منها وظهور هلاك الهالك، فإذا حضر شيء ظهر أن للموصى له ملكا في بقية الموصى به بقدر ثلثه وهكذا وإذا لم يظهر له ملك فيه.



على وصيته إلى وفاته وقبلها الموصى له وتوفي عن ورثة وعن تركة منها أموال غائبة وأموال حاضرة منها هذه الدار ولها ديون وكانت قيمة الدار ستة آلاف جنيه وقيمة التركة عشرون ألف جنيه وقيمة الأموال الحاضرة بما فيها الدار تسعة آلاف جنيه فإن الموصى له إذا أبى عليه الورثة أخذ هذه الدار وصية في الحال كان له فيها نصفها أي ما يساوي ثلاثة آلاف جنيه وهو قيمة ثلث الأموال الحاضرة ونصف الدار الباقي يكون للورثة فإذا حضر بعد ذلك من الدين أو الأموال الغائبة ما قيمته ثلاثة آلاف جنيه مثلا كان للموصى له من ذلك ألف جنيه فيكون جملة ما وصله من الوصية أربعة آلاف جنيه وهكذا كلما حضر شيء من الأموال الثابتة أخذ ثلثه حتى يتم له ما قيمته ثلاثة آلاف جنيه بضمها إلى نصف الدار التي أوصى له بها حتى يتم له قيمة ما أوصى له به وهو ستة آلاف جنيه.

وهذا الرأي يخالف مذهب أبي حنيفة كما قدمنا، إذ يري أن الموصى له يستوفي من الدار الموصى بها ما قيمته ثلث كل ما يحضر من مال عندما يحضر لا من نفس المال الذي يحضر كما ذهب القانون. وقد عدل القانون عن رأي الحنفية إلى هذا الرأي لما فيه من تعجيل قيمة الأعيان وعدم إرجائها إلى زمن قد يطول بسبب تأجيل الدين أجلا طويلا حتى تستقر الأملاك ولا يترك جزء من المال مترددا بين أكثر من مالك فضلا عما يترتب على ذلك من ضرر تكرار مرات الاسترداد من العين كلما حضر جزء من المال الغائب في أوقات متفاوتة ووقف الغلات إلى أن يظهر المالك للعين.

وفي المذكرة الإيضاحية أن الحكم الذي اختاره القانون رأي رآه الباجي من فقهاء المالكية غير أني رجعت إلى المنتقى شرح الموطأ للباجي في هذا الموضوع من الوصية فلم أجد به هذا الرأي ولا ما يفهم منه ذلك ولم يشر إليه الباجي كما لم أجده لمالكي فيما اطلعت عليه، وقد جاء في محضر جلسة واضعي المشروع وهو محضر جلسة ٢٨ أن اللجنة قد اعتمدت على ما أبداه أحد أعضائها من أن ذلك يفهم من كلام الباجي في المنتقى ولم يشر إلى الموضوع الذي يفهم منه ذلك. فلينظر كيف فهمه وفي أي موضع وجد ذلك.

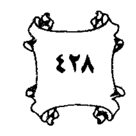


أما رأي المالكية في هذه المسألة فإن الورثة إذا أبوا على الموصى له إعطاءه الدار عليهم أن ينزلوا للموصى له عن ثلث التركة جميعها ليكون شريكا لهم فيها على رأي - والرأي الآخر إعطاء الموصى له نصف الدار وهو قيمة ثلث ما حضر من أموال فتكون الدار شركة بين الموصى له والورثة مناصفة ثم يخير الورثة بعد ذلك بين إجازة الوصية في بقية الدار وبين إعطاء الموصى له ثلث المال الغائب فقط يكون شريكا للورثة فيه بقدر الثلث - ومقتضى ذلك الرأي أن الموصى له لا يملك من العين إلا نصفها وهو ما يسعه ثلث المال الحاضر ويملك بدلا عن نصفها الآخر ثلث جميع المال الغائب وإن كانت قيمته أكثر من قيمة النصف.

ثالثا: وإذا كانت الوصية في الحال السابقة بسهم شائع في التركة كالوصية بربع ماله مثلا استحق الموصى له من المال الحاضر جميعه سهمه فيه أي ربعه فأعطى له وكلما حضر شيء منها أخذ ربعه وهكذا حتى تحضر جميع أعيان التركة فيتم له الموصى به جميعه.

والأحكام السابقة كلها مأخوذة من مذهب الحنفية ما عدا الحكم الخاص بالوصية بمعين وقد نص عليها في المادتين ٤٣ و ٤٤ وهذا نصها: م ٤٣ - إذا كانت الوصية بقدر محدد من النقود أو بعين وكان في التركة دين أو مال غائب فإن خرج الموصى به من ثلث الحاضر من التركة استحقه الموصى له وإلا استحق منه بقدر هذا الثلث وكان الباقي للورثة، وكلما حضر شيء استحق الموصى له ثلثه حتى يستوفي حقه. م ٤٤ - إذا كانت الوصية بسهم شائع في التركة وكان فيها دين أو مال غائب استحق الموصى له سهمه في الحاضر منهما وكلما حضر شيء استحق سهمه فيه.

رابعا: إذا كانت الوصية بسهم شائع في نوع من أموال التركة - في الحال السابقة كأن كانت بثلث دوره استحق الموصى له من هذه الدور حصة قيمتها ثلث المال الحاضر فإذا كان ثلث المال الحاضر أربعة آلاف جنيه استحق الموصى له من الدور حصة شائعة قيمتها أربعة آلاف جنيه وكان الباقي للورثة،



وكلما حضر شيء استحق الموصى له بقدر ثلثه من النوع الموصي بسهم فيه على ألا يضر ذلك بالورثة. وهذا مستمد من مذهب الحنفية كما قدمنا غير أن الحنفية لا يرون أن يكون باقي النوع للورثة كما جاء في المادة وإنما يكون أمر ملكه موقوفا عندهم كما قدمنا حتى يظهر أيكون للموصى له جميعه بحضور ما يتسع ثلثه له من الأموال أم ينتهي الأمر في بعضه إلى أن يكون ملكا للورثة وهذا هو المتفق مع القواعد، أما ما ذهب إليه القانون من أنه يصير ملكا للورثة ثم يسترد منهم بعد ذلك إذا حضر من المال الغائب شيء فليس فيه استقرار.

ويلاحظ أن القانون اشترط لذلك ألا يكون في ذلك ضرر بالورثة فإن ضر ذلك بهم كأن تصرفوا في باقي النوع أو زادوا فيه ونحو ذلك لم يسترد منه شيء وكان للموصى له بدل ذلك قيمة ما بقي من وصيته فيه من ثلث ما يحضر.

وجاء في المذكرة الإيضاحية أن ذلك مستمد من قاعدة لا ضرر ولا ضرار وهي قاعدة يقرها الفقهاء جميعا بما فيهم الحنفية - غير أني أقول أليس من المقبول أن أثبت ما قد يؤدي إلى الضرر وهو تمليك الورثة بقية الوصية من النوع ثم بعد ذلك أؤسس عليه بقاء ملكية جعلها الموصي لغيرهم في حين أن فيما ذهب إليه الحنفية من وقف الأمر خروجا من ذلك كله.

غير أنه قد يلاحظ أن وقف الأمر في بقية الموصى به من هذا النوع يؤدي إلى حيرة في القيام عليه، أيكون للورثة أم للموصى له؟ ومن يكون المسئول عنه؟ ولمن تكون غلته؟ هذا ما جاء في المادة ٤٥ ونصها: م ٤٥ - إذا كانت الوصية بسهم شائع في نوع من التركة وكان فيها دين أو مال غائب استحق الموصى له سهمه في الحاضر من هذا النوع إن كان هذا السهم يخرج من ثلث الحاضر من التركة وإلا استحق الموصى له من سهمه بقدر هذا الثلث ويكون الباقي للورثة وكلما حضر شيء استحق الموصى له بقدر من النوع الموصي بسهم فيه على ألا يضر ذلك بالورثة فإن كان يضر بهم أخذ الموصى

له قيمة ما بقي من سهمه في النوع الموصى به من ثلث ما يحضر حتى يستوفي حقه.

ويلاحظ أن القانون قد فرق في الحكم بين الوصية بمعين والوصية بسهم من نوع على شرحنا في حين أنه لا يكاد يظهر بينهما فرق تترتب عليه هذه التفرقة وبخاصة إذا لاحظنا أن النوع الذي أوصى بسهم منه قد تعين بالموت وأن الوصية بسهم من معين في الحكم كالوصية بمعين فكان المنطق يقضي بوجوب التسوية في الحكم بين الحالين دفعا للتحكم الذي لا يظهر له مبرر. وقد كان في رأيي أن يكون ما أخذ به القانون متفقا مع ما ذهب إليه الحنفية في جميع الأحوال فإنه مذهب الجمهور أخذ به الشافعية والحنابلة في رأي لهم وليس في العمل به صعوبة في التطبيق ولا ضرر فيه بأحد وفيه تحقيق لرغبة الموصي على أتم وجه.

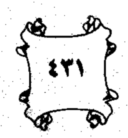
هذا، ولم يبين القانون صراحة الوقت الذي يعتبر فيه المال غائبا أيكون الاعتبار بوقت القسمة أم الاعتبار بوقت الوفاة لأنه وقت تملك الموصى له ما أوصى به له وتملك الورثة ما بقي لهم من التركة فما غاب بعد ذلك من مال الوصية فعلى الموصى له ومن ماله وما غاب من باقي التركة فعلى الورثة ومن أموالهم دون أن يؤثر ذلك في تسلم كل منهم ما له مادام مفرزا. أما عند الشيوع فالأمر ظاهر لأن ما غاب من المال مشترك وما حضر منه أيضا مشترك فيقسم الحاضر على حسب الاشتراك، وقد ذكرنا أن مذهب الحنابلة اعتبر وقت الوفاة وأن مذهب الحنفية اعتبر وقت التنفيذ وهو الذي يجب أن يجري العمل عليه. إذ ليس في القانون ما يدل على خلافه أما المادة ٢٥ فليس فيها دلالة على العمل بمذهب الحنابلة لأن العبارة فيها إنما تدل على أن الموصى له يملك ما أوصى به له إذا خرج من ثلث التركة ابتداء من وقت الموت، والمراد بثلث التركة ثلثها عند التسليم كما قدمنا وعلى ذلك لا يكون للموصى له من الزوائد الحادثة بعد الموت إلا ما يخرج من ثلث التركة عند القسمة، وعند القسمة لا يكون له كل الوصية بالمعين إلا إذا خص من ثلث المال الحاضر، أما



إذا لم تخرج فإن باقيها يكون للورثة ويعطى للموصى له قيمته بناء على المادة ٤٣ كما بينا - وبناء على ما ذكر فتقويم التركة في سبيل تعرف خروج الموصى به من ثلث الحاضر من الأموال يكون وقت القسمة لأنه وقت التنفيذ - ألا يرى أن هلاك شيء من التركة بعد الموت وقبل القسمة يجعل الهالك في حكم المعدوم ولا يعتبر موجودا إلا ما كان موجودا عند القسمة.

وقد ذكرنا أن الدين إذا كان على أحد الورثة أو على الموصى له لا يعتبر مالا غائبا في جميع أحواله وقد تعرضت المادة ٤٦ لبيان بعض هذه الأحوال فأفادت أن الدين إذا لم يكن حالا وقت القسمة بل كان مؤجلا عُدَّ مالا غائبا في جميع الأحوال، إذ لا يمكن حينئذ مطالبة المدين به ولا إجباره على الوفاء قبل موعده ولو بطريق المقاصة. أما إذا كان مستحق الأداء في ذلك الوقت فإن كان مساويا لنصيب الوارث المدين أو أقل منه اعتبر مقدار هذا الدين مالا حاضرا لا دينا فيعتبر مضموما إلى ما حضر من أموال التركة، وعلى ذلك يأخذ الموصى له وصيته كاملة ما دامت تخرج من ثلث ذلك المال بما فيه الدين إذ لا ضرر على الورثة في هذه الحال لأن الدين سيكون من نصيب الوارث المدين ولا يأخذ شيئا من المال الحاضر خلافه؛ وبيان ذلك أن الدين إذا كان من جنس المال الحاضر فإن الوارث المدين يعد مستوفيا حقه بطريق المقاصة بين ما عليه من الدين وما وجب له في المال الحاضر ميراثا وإذا بقي له شيء من نصيبه أخذه إذا كان دينه أقل من ذلك النصيب - أما إذا كان دينه أكثر من النصيب فإنه يستوفي نصيبه كاملا بالمقاصة وما يبقى في ذمته من الدين بعد المقاصة يكون بين الورثة جميعا، أما الموصى له فيسقط عن ذمته منه بقدر نصيبه فيه ميراثا والباقي يكون للموصى له بقدر وصيته فيه وما بقي لباقي الورثة على قدر أنصبائهم في التركة.

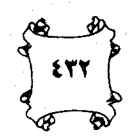
وطريقة الوصول إلى ذلك كما جاء في المذكرة الإيضاحية إذا ما كانت الوصية بدراهم مرسلة بأن أوصى بمائة جنيه وترك ابنين أحدهما مدين بمائة جنيه وترك مائتي جنيه نقدا أن تستخرج سهام التركة مع مراعاة سهام الوصية



فيها ومقدار هذه السهام في هذه المسألة ثلاثة أسهم. للموصى له سهم منها، ولكل ابن سهم ثم نسقط سهم الابن المدين فيكون الباقي لباقي الورثة والموصى له سهمان ثم نقسم المال الحاضر وهو مائتان على السهمين فيكون مقدار السهم ١٠٠ جنيه وعليه يكون لكل من الابن والموصى له ١٠٠ جنيه لكل منهما سهم وإذا صار للابن غير المدين ١٠٠ جنيه فمثل ذلك يكون للابن المدين وبما أنه مدين بمائة جنيه فقد حصلت المقاصة بين نصيبه في التركة وما عليه من الدين - وبذلك يكون قد استوفى نصيبه بالدين في ذمته وإذا فرض في هذه المسألة وكان مقدار الدين ١٥٠ جنيها فإن الابن المدين يكون قد خصه من التركة ١٠٠ جنيه مثل نصيب أخيه تتلاقى مع ١٠٠ جنيه من دينه قصاصا. وإذن يبقى في ذمته للتركة ٥٠ جنيها للموصى له ثلثها والباقي مناصفة بين الاثنين لكل منهما ثلثها ويلتقى ما يخص الابن المدين من ذلك بمثله من الدين قصاصا ويبقى عليه ثلثا مبلغ الخمسين جنيها نصفها للابن ونصفها للموصى له.

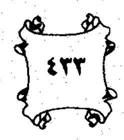
وإذا كان الدين ٤٠ جنيها وقد ظهر أن ما يخصه من المال الحاضر ١٠٠ جنيه أى أكثر من الدين فإن مقدار الدين في هذه الحال يعتبر حاضرا ويضم إلى ٢٠٠ جنيه فيكون المجموع ٢٤٠ جنيها للموصى له ثلثها أي ٨٠ جنيها وبذلك استوفي وصيته وللابن غير المدين مثل ذلك فيكون المجموع ١٦٠ جنيها ويكون الباقي من المائتين ٤٠ جنيها يعطاها الابن المدين من نصيبه ويكمل له نصيبه بالدين ومقداره ٤٠ جنيها.

وإذا كانت الوصية بسهم شائع بأن أوصى المتوفي بربع تركته وخلف ابنين أحدهما مدين بمائة وخلف مائة نقدا فسهام التركة من ٨ ربعها سهمان للموصى له والباقي بين الابنين لكل منهما ثلاثة أسهم ثم تسقط سهام الابن المدين فيكون الباقي خمسة أسهم ويقسم المال الحاضر على خمسة فسيكون مقدار السهم ٢٠ جنيها للموصى له ٤٠ جنيها وللابن غير المدين ٦٠ جنيها.



وعلى ذلك تعتبر التركة الحاضـرة ١٦٠ جنيها منها المائة الحاضرة و ٦٠ جنيها ما خص المدين وهو مثل ما أعطي أخوه وبما أنه مدين بمائة فإنه يبرأ من ٦٠ جنيـها ويبقى مـدينا بأربعين جنيـها ومنهـا للموصى له عـشرة جنيـهات والباقي بين الاثنين لكل ١٥ جنيها يبرأ منهـا المدين وبذلك استوفي ٧٥ جنيها حقـه ويعطى لأخيه ١٥ جنيـه فيتم له من التركـة ٧٥ جنيها وبذلك يسـتوفي حقه.

وإذا كـانت الوصـية بسـهم شـائع في نوع من التـركـة بأن خلف ابنين أحدهمـا مدين بمائة جنيـه وترك ١٠٠ جنيه نقدا وعـقارا قـيمتـه ١٠٠ جنيه وأوصى لآخر بثلاثة أرباع العقار أي بما قيمته ٧٥ جنيها فإن ثلث النقد والعقار لا يتسع لـلوصية إذ أنه $\frac{2}{3}$٦٦جنيـها والوصـية قيـمتـها ٧٥ جنيهـا وعندئذ تستخـرج سهام المسألة وهي أربعة أسهـم لأن نسبة الوصية إلى جمـيع التركة $\frac{1}{4}$إذ إن قيمتـها ٣٠٠ جنيه وخمسة وسبـعون ربعها، وبما أن الموصى له إنما يستـوفي وصيتـه فيمـا أوصى له من النوع فيـعطى منه بقدر نسـبة ثلث المال الحاضر من نوعه تطبـيقا للمادة ٤٥، وبما أن المال الحاضر حقـيقة ٢٠٠ جنيه فللمـوصى له من النقود مـا يسعـه ثلث ذلك المال الحـاضر ومـقداره $\frac{2}{3}$ ٦٦ يأخذها الموصى له نقـدا وعند ذلك يبقى من النقـد $\frac{2}{3}$ ٣٣ جنيها للابن غـير المدين فيكون للآخر مـثل ذلك من دينه، ويعتبر هذا المقدار مـالا حاضرا لأنه أقل من دينه، وعلى ذلك يكون ما يعتبر حـاضرا نتيجة لذلك $\frac{2}{3}$ ٢٣٣ وثلثه يتسع للمـوصى به وقدره ٧٥ جنيـها فيـعطى الموصى له من النقد ٧٥ جنيـها وبذلك تتم له وصيـته ويبقى من النقـد ٢٥ جنيها وكـذلك العقار كمـا يبقي الدين للتركة في ذمة الابن المدين ومقداره ١٠٠ جنيه ويكون مجموع ما يبقى بعد الوصية من التركة ٢٢٥ لكل ابن منها مـا قيمته ١١٢,٥ جنيها وبما أن ما في ذمة الابن المدين يعد من الـنقود فإن النقد الباقي وقـدره ٢٥ جنيها تعطى للابن الآخر ويكـون له من النقد ما يكـمل ٦٢,٥ جنيها نصف الـنقود وهي



جملة الدين ومبلغ ٢٥ جنيها فيكون له في ذمة أخيه المدين ٣٧,٥ جنيها ويكون العقار بينهما نصفين يحتفظ الابن غير المدين بنصفه حتى يؤدي إليه أخوه مبلغ ٣٧,٥ جنيها.

وهذا، وقد لاحظنا خطأ في المذكرة الإيضاحية صححناه بما ذكرنا وملاحظته واضحة.

وإذا كان الدين الذي على الوارث من غير جنس الحاضر من التركة فإن الحاضر من التركة يقسم على سهام الموصى له وجميع الورثة بعد تصحيح المسألة، ويعتبر الدين مالا حاضرا إن كان مثل حصة المدين في التركة أو أقل وإن كان أكثر كان الزائد من الدين كأنه على أجنبي واعتبر ما يساوي من حصته من هذا الدين مالا حاضرا وتكون الوصية على حساب الحاضر من التركة والدين ولا تسلم حصة المدين في المال الحاضر حتى يؤدى قدرها من الدين فإن لم يؤد باعها القاضي ووفى من الدين قدرها فإذا خلف شخص ابنين وله على أحدهما ألف جنيه وترك عقارا قيمته ألفان وأوصى لشخص بثلث ماله كان العقار بين الموصى له والابن أثلاثا فيستوفي الموصى له من وصيته ما يتسع له ثلث المال الحاضر ولكن لا يسلم نصيب الابن المدين إليه بل يبقى كالرهن في يد الموصى له والابن الآخر حتى يؤدي إليهما ثلثي ما عليه من الدين فإذا أدى ذلك إليهما كان بينهما مناصفة وسلم العقار إليه - وإلا رفع الأمر إلى القاضي ليبيع حصته في العقار لإيفاء ما عليه من الدين - وجميع هذه الأحكام مأخوذة من مذهب الحنفية نص عليها في المادة ٤٦ ونصها(١) - وهذا كله إذا لم يحصل اتفاق بين الموصى له والورثة على طريقة أخرى لتنفيذ الوصية وإلا اتبع ما يتم الاتفاق عليه.

---

(١) في جميع الأحوال المبينة في المواد السابقة إذا اشتملت التركة على دين مستحق الأداء على أحد الورثة وكان هذا الدين من جنس الحاضر من التركة كلها أو بعضها وقعت المقاصة فيه بقدر نصيب الوارث فيما هو من جنسه واعتبر بذلك مالا حاضرا. =

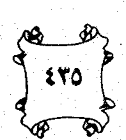
وتعتبر أنواع النقد وأوراقه جنسا وحدا.

هذا، ولم يشر القانون إلى الحكم في حالة ما إذا كان الموصى له هو المدين والحكم في هذه الحال لا يكاد يختلف عما سبق فإذا كان الدين من جنس الحاضر من التركة وكان مساويا لما أوصى به له فإن الموصى له يعتبر مستوفيا وصيته نتيجة براءة ذمته من دينه وكذلك إذا كانت وصيته أقل من دينه غير أنه في هذه الحال يدفع إلى الورثة زيادة دينه عما أوصى به له، وإذا كانت وصيته أكثر من دينه أعطى من التركة ما يكمل وصيته بإضافته إلى الدين وإن كان الدين من غير جنس المال الحاضر حجز عنه نصيبه من ذلك المال حتى يؤدي دينه. فإما أن يؤدي وإلا بيع نصيبه في دينه بأمر القاضي.

= وإذا كان الدين المستحق الأداء على الوارث من غير جنس الحاضر فلا تقع المقاصة ويعتبر هذا الدين مالا حاضرا إن كان مساويا لنصيب الوارث في الحاضر من التركة أو أقل فإن كان أكثر منه اعتبر ما يساوي هذا النصيب مالا حاضرا.

وفي هذه الحالة لا يستولى الوارث على نصيبه في المال الحاضر إلا إذا أدى ما عليه من الدين فإن لم يؤده باعه القاضي ووفى الدين من ثمنه.

وتعتبر أنواع النقد وأوراقه جنسا واحدا.

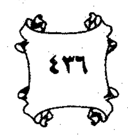


الوصية بالمنفعة

المراد بالمنفعة جميع ما يتناول منافع العين سواء أكانت متولدة منها أم غير متولدة كسكنى الدار وركوب السيارة أو الدابة وزراعة الأرض، وحقوق الارتفاق وحق التعلي وثمر الأشجار وأجرة الأعيان. وهذا هو اصطلاح الحنابلة وهو غير اصطلاح الحنفية في المراد بالمنفعة فإنهم يريدون منها ما يقابل الأعيان فلا تتناول عندهم ثمر الأشجار ولا محصول الأرض. وليس يراد بالمنفعة على العموم ما يشمل صوف الحيوان ولبنه وولده ذلك لأنها أعيان مستقلة فالوصية بها وصية بأعيان.

والإيصاء بالمنافع كالإيصاء بالسكنى والركوب والاستخدام والحمل لا يصح عند محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلي لأن الموصي إذا أوصى بمنفعة عين لشخص فإنه يملكه إياها بإيجابه. وذلك لا يصح ولاينفذ فيما ليس بمملوك له. ومنفعة العين وكذا بدلها ومثلهما الغلة التي تحدث بعد موته كل أولئك ليس مملوكا له لأن ذلك كله حادث من مال أصبح ملكا لورثته بمجرد موته فتكون كذلك ملكا لهم تبعا لأصلها فلا ينفذ فيها أو لا يصح تمليك مورثهم وهو لا يملكها.

وذهب جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة إلى أن الوصية بالمنافع أو ببدلها أو بالغلة بعد الموت صحيحة نافذة وذلك لجواز تمليكها بعقد الإجارة أو بعقد الإعارة في حال الحياة فكان تمليكها بعقد الوصية بعد الوفاة أولى بالجواز لأن عقد الوصية أوسع العقود؛ ألا يرى أنه يصح مع جهالة الموصى به ومع انعدام محله وذلك مما تفسد معه العقود الأخرى - هذا إلى ما نعلمه من شديد حاجة الناس إلى تمليك المنافع وتملكها بعد الوفاة ولسد هذه الحاجات جاء التشريع وليس في الوصية بالمنفعة تمليك الإنسان ما لا يملك فالأمر الواقع أن الموصي بوصيته يملك الموصى له ما يملكه وذلك لبقاء الأعيان الموصى بمنافعها على حكم الموصي بعد وفاته بالنسبة لمنافعها وتتبعها في ذلك منافعها



فتكون كذلك على حكم ملكه وبذلك ينفذ تصرفه فيها بالوصية على أنها ملك له، ولذا يستوفيها الموصى له على ملك الموصي كما يستوفى الموقوف عليه منافع العين الموقوفة على حكم ملك الواقف، ولهذا إذا مات الموصى له بعد موت الموصي قبل انتهاء مدة الوصية عاد الموصى به إلى ورثة الموصي لا إلى ورثة الموصى له؛ لأن الموصي إنما أوجب الحق للموصى له لا لورثته ولو عاد الموصى به إلى ورثة الموصى له لكان ذلك خلاف ما صدر من الموصي في ملكه من تصرف.

وإذا قيل إن هذا فرض لا حقيقة وأن الأعيان تنتقل ملكيتها بالوفاة إلى الورثة قطعا لتحقق سبب الملكية، فإننا نقول: إن المنافع لا تتبعها في هذه الحال لوجود المانع، وهو الوصية بها، لأن الموصي إذا أفرد المنفعة بالتمليك بواسطة الوصية فقد جعلها مقصودة بذلك، وله هذه الولاية بحكم الشارع فلا تكون في هذه الحال تبعا لملك العين، بل تصير أصلا بنفسها، ولا تكون ملكا للورثة تبعا لملك العين، وينفذ فيها لذلك تصرف المورث[1]. وبناء على ذلك تصح الوصية بجميع منافع العين وببعضها - مع ملاحظة أن الموصي قد يكون مالكا للعين ومنفعتها وقد يكون مالكا للمنفعة الموصى بها فقط كالمستأجر إذا أوصى بما يملك بالإجارة كما قدمنا م ١١. وهذا خلاف ما ذهب إليه الحنفية.

وعلى القول بجواز الوصية بالمنفعة تتنوع الوصية بها ثلاثة أنواع:

١- وصية مقيدة بوقت.

٢- ووصية مؤبدة.

٣- ووصية مطلقة.

الوصية المؤقتة:

إذا أوصى بمنفعة فقيدت بوقت فذلك على صورتين:

(١) راجع المبسوط جـ٢٥ ص ١٨١ والأنقروية جـ٢ ص ٤١١. وراجع الدر والدرر ومجمع الأنهر والهداية.



إحداهما: أن يكون ذلك الوقت مبهما معين المقدار كما في الوصية بسكنى هذه الدار سنة أو سنتين.

ثانيتهما: أن يكون معينا محدد البداية أو النهاية كما في الوصية بسكنى هذه الدار سنة كذا أو مدة حياة الموصى له أو مدة تنتهي بكذا فعند الإبهام يتملك الموصى له المنفعة بمقدار المدة المحددة وينتهي ملكه بانتهائها، وإذا كان الإبهام كذلك في مقدارها كأن أوصى بها سنين فإن الموصى له يكون له الحق في ثلاث سنوات «أقل الجمع»[1].

وقد اختلف النظر في تعيين مبدأ تلك المدة، فذهب الشافعية إلى أنها تبتدئ من وقت وفاة الموصي، فإذا أوصى شخص لآخر بسكنى هذه الدار سنة أو سنتين فإن الموصى له يسكنها سنة تبتدئ من وقت موت الموصي أو سنتين كذلك. لا يؤثر في ذلك أن يتراخى قبوله للوصية أو أن يكون غائبا وقت الموت، فإذا كان حاضرا فقبل الوصية ولم يسكن دون أن يمنعه من السكنى مانع أو تراخي في قبوله الوصية وظل على ذلك حتى مضت المدة المحددة أو مضى بعضها فإن حقه في الانتفاع بالسكنى الماضية يضيع عليه بلا عوض، لأن التقصير من جهته فعليه تبعته، وإذا كان غائبا وقت الموت فلم يحضر إلا بعد أن مضت المدة المحددة أو مضى بعضها إذا ما كان هناك من انتفع بها استحق قيمة ما فاته من المنفعة في المدة الماضية، يستولى عليها ممن انتفع بالعين أثناء تلك المدة، سواء أكان المنتفع وارثا أم غير وارث؛ لأن فوات المنفعة عليه كان لعذر فيعطى لذلك بدلها، وليس له أن يطالب بأن ينتفع مدة أخرى تبتدئ من وقت حضوره - وهذا الحكم مستفاد من إطلاق ابن حجر في تحفة المحتاج[2] ومثل هذا الحكم ما إذا كان حاضرا ومنع من انتفاعه عذر رسمي ونحوه، غير أن من الشافعية من ذهب إلى أن الموصى له في هذه الحال يستحق سنة أخرى من وقت زوال العذر وبه أخذ قانون الوصية من فقرة ٢ م ٥١ إذ جاء فيها: وإذا كان المنع إلى آخرها ومن الأعذار غيبته.

---

(١) انظر بدائع الصناع جـ ٧ ص ٣٥٤.
(٢) انظر تحفة المحتاج جـ ٦ ص ٨٧.



وذهب بعض الشافعية إلى أن المدة لا تبتدئ من وقت الوفاة إلا عند حضور الموصى له، أما عند غيبته فإنها تبتدئ من وقت حضوره، لأن غرض الموصي أن ينتفع الموصى له، وذلك لا يتيسر إلا من وقت الوفاة عند حضوره أو من وقت حضوره عند غيبته.

وبناء على هذا القول إذا كان الموصى له غائبا ابتدأت مدة انتفاعه المحددة من وقت حضوره وهذا ما أشرنا إليه آنفا، وعلى الجملة فالموصى له إذا فوت المنفعة على نفسه لم يستحق شيئا بدلها متى كان ذلك بلا عذر.

وأما إذا فوتها عليه الموصي بتصرف صدر منه حال حياته كما إذا أجر العين الموصي بمنفعتها قبل وفاته مدة طويلة فتوفي قبل انتهائها، وكانت مدة الإجارة تمتد إلى ما بعد مدة الوصية أو كانت تستغرق جزءا منها فإن الوصية تبطل فيما شملته مدة الإجارة من الزمن. ويكون للموصى له حق الانتفاع فيما يبقى من مدة الإجارة إن بقيت منها بقية. ومن الشافعية من ذهب إلى أن الموصى له يستأنف سنة أخرى في هذه الحال من وقت انتهاء المانع وبذلك أخذ القانون كما جاء في الفقرة السابقة.

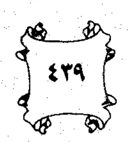
وذهب الأذرعي من الشافعية إلى أن مدة الوصية عند إبهامها لا تبدأ إلا بتعيين الورثة لمبدئها[1].

وكذلك كان هذا الموضوع محل خلاف بين الحنفية على ما يؤخذ من فروعهم المنقولة، وهذه بعضها:

في الهندية: أوصى رجل أن يترك كرمه ثلاث سنوات للمساكين، ثم مات ولم يحمل الكرم شيئا مدة ثلاث سنين من بعد وفاته، قيل تبطل الوصية، وقيل يوقف ذلك الكرم إن خرج من الثلث ما دام لم يتصدق بغلته ثلاث سنوات، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله هذا موافق لقول أصحابنا رحمهم الله اهـ.

---

(١) راجع أسنى المطالب على الروض.



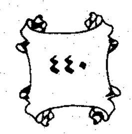
أقول: القول ببطلان الوصية مبني على أن المدة «مدة السنوات الثلاث» تبتدئ من وقت الموت، وإذ قد مضت السنوات الثلاث عقب الموت ولم يحمل الكرم شيئا بطلت الوصية لعدم وجود محلها.

والقول الثاني مبني على أن المدة لا تبتدئ إلا من وقت أن يحمل الكرم ثمرا، فيوقف الكرم حتى يحمل فإذا حمل ابتدأت المدة وتنتهي الوصية بانتهائها، ويشبه القول الأول ما جاء في الفتاوى الأنقروية: إذا أوصى شخص لآخر بسكنى داره سنة معينة فمات الموصي قبل ابتدائها ولم يحضر الموصى له إلا بعد مضيها فإن الوصية تبطل بمضيها وليس للموصى له شيء بدل سكناها هذه السنة، ويشبه القول الثاني ما جاء فيها كذلك ونصه: إذا أوصى شخص لفلان بخدمة عبده سنة. وكان فلان غائبا ثم حضر فإن العبد يخدمه سنة عند رجوعه اهـ.

وبناء على ما تقدم يكون ما نستنبطه من الخلاف بين الحنفية أن فريقا منهم يرى أنها تبتدئ من وقت الموت كما رأى الشافعية. وإذا مضت انتهت. وإن فريقا آخر يرى أنها تبتدئ من وقت تمكن الموصى له من الانتفاع وذلك الوقت هو وقت حمل الكرم لثماره في المسألة الأولى، ووقت حضور الموصى له من الغيبة في المسألة الأخيرة المنقولة عن الأنقورية. ويميل كثير من علماء الحنفية إلى الرأي الأول كما يظهر لي من عبارة الفتاوى الهندية في الوصية بالمنافع فراجعها إن شئت فإنها طويلة.

وفي المحيط البرهاني من الفصل التاسع بالوصية بالخدمة:

وإذا أوصى إنسان بخدمة عبد سنة ولم يعينها وكان يخرج من ثلث التركة أو لا يخرج وأجاز الورثة فإنه يسلم إلى الموصى له حتى يستخدمه سنة كاملة ثم يرده على الورثة. وإن كان لا يخرج من ثلث التركة ولم يجز الورثة فإنه يخدم الموصى له يوما والورثة يومين إلى ثلاث سنين فإذا مضت تمت وصية الموصي بالخدمة.

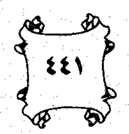


وكان يجب أن تتعين السنة التي وجد فيها الموت لأن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت فيعتبر بالتمليك حال الحياة، ولو أنه تملك منفعة سنة من إنسان بعقد إجارة أو بإعارة انصرفت إلى السنة التالية للعقد؛ وبناء على ذلك يجب أن تبطل وصيته بمضي سنة عقب وفاته. وأجيب عن ذلك بأن السنة قد حملت في الإجارة على السنة التالية للعقد منعا للجهالة المفسدة لعقد الإجارة وألحق بها عقد الإعارة أما الوصية فالجهالة لا تبطلها، ولو حملت السنة فيها على السنة التالية للعقد لأصاب الموصى له من ذلك ضرر عظيم فقد لا يتمكن من الانتفاع عقب الموت مباشرة إما لغيبته وإما لسبب من الأسباب فحملت على سنة غير معينة وتعتبر بالأيام تحقيقا لغرض الموصي لأنه يريد أن ينتفع الموصى له سنة وتجنبا لما قد يصيب الموصى له من الضرر، ومقتضى ذلك أن الحنفية لا يرون في الوصية أن يبتدئ زمن الانتفاع بالموت بل يتمكن الموصى له من الانتفاع، وقد اختار القانون أن تكون بداية المدة المبهمة من وقت الوفاة م ٥٠ فقرة ٢ ونصها:

وإذا كانت المدة معينة القدر غير معلومة المبدأ بدأت من وقت وفاة الموصي وفي حال تعيين المدة بتحديد بدايتها ونهايتها يتملك الموصى له المنفعة في المدة المعينة فيتقيد ملكه بها. مثال ذلك أن يوصي إنسان لآخر بأن ينتفع بزراعة ضيعته ثلاث سنوات تبتدئ من تاريخ كذا أو بسكنى داره سنة كذا أو ما دام حيا، ففي هذه المسائل يتملك الموصى له المنفعة ويبتدئ حقه بابتداء هذه المدة المعينة إذا ما ابتدأت بعد وفاة الموصي وكان حيا، فإذا ابتدأت بعد وفاة الموصي بزمن كانت المنفعة في الفترة التي بعد الوفاة وابتداء المدة من حق مالك العين الموصي بمنفعتها وارثا كان أو موصى له بالرقبة، فينتفع بها إلى ابتداء مدة الوصية وعند ذلك يبتدئ حق الموصى له بالمنفعة في تلك المدة، فتسلم إليه العين ليستوفى منها حقه طيلة هذه المدة(١)، وينتهي حقه بانتهائها. ولا يجوز لمالك العين سواء أكان وارثا للموصي أو موصى له برقبتها أن يمنعها

---

(١) راجع المبسوط في الوصية ونهاية المحتاج والتحفة.



عنه فإن منعها أجبر على تسليمها إليه بالقضاء، وكان مع ذلك ضامنا لمنافعها عند الشافعية لا عند الحنفية لأنهم لا يرون للمنافع قيمة إلا بعقد الإجارة لأنها ليست بأموال عندهم وإنما تتقوم بالعقد عليها فقط؛ ولذا لا يكون للموصى له في رأيهم أن يطالب الورثة بمدة أخرى إذا منعوا العين عنه لأن حقه مقيد بمدة معينة لا يتعداها فإذا انتهت انتهى حقه وردت العين إلى مالكها.

وقد أخذ قانون الوصية بمذهب الشافعية وخلاصته كما يفهم من أقوالهم: أنه إذا كان المانع من تسليم العين إلى الموصى له أو من انتفاعه بها أحد الورثة كان حكمه حكم الأجنبي، وعندئذ يجب للموصى له بدل المنفعة التي منع منها وهو قيمتها إلا إذا رضي الورثة أن يعوضوه عنها بالانتفاع مدة أخرى، أما إذا منعه الورثة جميعهم فإن الموصى له يكون له الخيار إن شاء طالب بالانتفاع مدة أخرى وإن شاء ضمنهم قيمة المنفعة التي منع منها م ٥١ فقرة ١ و ٢ ونصها: إذا منع أحد الورثة الموصى له من الانتفاع بالعين كل المدة أو بعضها ضمن له بدل المنفعة ما لم يرض الورثة كلهم أن يعوضوه بالانتفاع مدة أخرى - وإذا كان المنع من جميع الورثة كان الموصى له بالخيار بين الانتفاع بالعين مدة أخرى وتضمينهم بدل المنفعة.

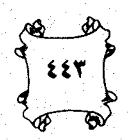
ويلاحظ أنه إذا مضت المدة كلها أو مضى بعضها والموصي لا يزال حيا فإن الوصية تبطل فيما انقضى من مدتها حال حياته وتبقى صحيحة فيما يكون منها بعد وفاته كما تبطل كذلك إذا توفي الموصى له قبل ابتدائها وتبطل فيما بقي من مدتها بعد وفاته؛ ذلك لأن الحنفية يرون أن الوصية دائما تنتهي بوفاة الموصى له في جميع حالاتها إذا لم تنته قبل ذلك بسبب آخر كانتهاء مدتها. فقرة أولى م ٥٠ ونصها: إذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين لمدة معلومة المبدأ أو النهاية استحق الموصى له المنفعة في هذه المدة فإذا انقضت المدة قبل وفاة الموصي اعتبرت الوصية كأن لم تكن وإذا انقضى بعضها استحق الموصى له المنفعة في باقيها. وجاء في المادة ٥٩ : تسقط الوصية بالمنفعة بوفاة الموصى له قبل استيفاء المنفعة الموصى بها كلها أو بعضها.



ويرى مالك والشافعي وأحمد أن الوصـية بالمنفعة لا تبطل بوفاة الموصى له قبل انتـهاء مدتها بل يحل وارثه مـحله فيها بطريق الوراثة إلى انـتهاء المدة ومبنى هذا الخـلاف خلافهم في وراثة المنافع؛ فالحنفـية يمنعون الوراثة فـيها؛ ولذا تنتهي الوصية بالمنفعـة عندهم دائما بوفاة الموصى له والأئمة الثلاثة يرون جريان الوراثـة فيهـا وعلى ذلك يرث وارث الموصى له ما يبـقى له من منافع مدة الوصية إذا توفي قبل انتهائها كما يرثه كذلك عندهم بعد وفاته إذ صدرت الوصية له على وجه التأبيد بأن ذكـر لفظ الأبد ثم تنتقل المنفعة بعد وفاته إلى أعقابه وهكذا كما سيأتي، وقد أخذ قانون الوصية بمذهب الحنفية ولا يختلف الحكم في هذه الحـال بين مـا إذا كان المـوصى له معـينا أو عـددا مـوصوفـا محصورا.

وقد رأت لجنة وضع مشروع قانون الوصية ٧١ لسنة ١٩٤٦ أن المصلحة تقضي بأن يؤخذ بمذهب ابـن أبي ليلى في عدم صحة الوصيـة بالمنفعة إذا لم يبدأ وضع استحقاقـها قبل مضي ثلاث وثلاثين سنة من وقت وفاة الموصي - ذلك لأن المنفعة في مثل هذه الصورة قبل استحقاقها تكون لورثة الموصي فإذا مضى على تمتعـهم بها ثلاث وثلاثون سنة فقد اسـتقرت حياتهـم على بقائها لهم ورتبـوا أمـورهم على تملكهـم لها وطـال الزمن على ذلك - وفي نفـاذ الوصية في هذه الحال إضرار بهم وإحداث اضطراب في حياتهم وحجر عليهم مدة طويلة إذا ما دعت حاجتهم إلى التصرف في العين بما يمس الوصية، ولقد جعلت هذه المدة سببا مانعا من دعوى الوقف أو الوراثة مع الإنكار فضلا عن الدعوى بغير ذلك مما جعل المانع فـيه من الدعوى به مضي ١٥ سنة وذلك ما يرشح لئلا يسـتجـاب للموصى له إذا طلب أن ينتفع بـحقه بعـد مضي هذه المدة. لهذا تضمن القانون الأحكام الآتية:

أولا: إذا لم يوجد الموصى له بالمـنفعة إلا بعـد مضى ٣٣ سنة من وقت وفاة الموصي بطلت الوصيـة له سواء أكان معينا أم غير مـعين ولكنه محصور وذلك أخـذا برأي ابن أبي ليلى سواء أكـانت الوصيـة له مطلقة أم مـؤبدة أم



مؤقتة بوقت يبتدئ قبل مضي هذه المدة أم بعد مضيها - والمراد بالسنة السنة الشمسية كما في المذكرة الإيضاحية.

ثانيا: إذا وجد الموصى له قبل مضيها كانت الوصية له صحيحة إلا إذا كانت مؤقتة وكان وجوده بعد انتهاء مدة الوصية. فعند ذلك تبطل وصيته لانتهاء محلها. كما تبطل فيما مضى من مدتها إذا وجد في أثنائها بعد أن ابتدأت. ويستفاد ذلك من نص المادتين ٥٣ و ٦١ وكذلك فيما بقي من مدتها إذا وجد بعد أن مضى منها زمن وانقرض قبل نهايتها.

ويلاحظ أنه إذا كانت الوصية بمدة معينة ولقوم محصورين عرفوا بالوصف أو كانت لمعين ثم من بعدهم لمن لا يظن انقطاعهم أو لجهة من جهات البر وقد بطلت الوصية بالنسبة لهؤلاء المحصورين:

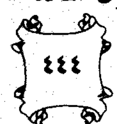
(١) بسبب عدم وجود أحد منهم في خلال ثلاث وثلاثين سنة من وقت وفاة الموصي.

(٢) أو بسبب عدم وجود واحد منهم في أثناء مدة الانتفاع المعينة في الوصية.

(٣) أو بسبب انقراضهم قبل نهاية هذه المدة سواء أوجدوا في بدايتها أم لم يوجدوا إلا بعد مضى زمن منها.

ففي هذه الأحوال الثلاثة تكون المنفعة في مدة الوصية كلها أو في بعضها - على حسب الأحوال. سواء أكان ذلك من بدايتها أم من نهايتها مستحقة لما هو أعلم نفعا من جهات البر سواء منها ما عينه الموصي وما لم يعينه ولا يكون لورثة الموصي؛ ذلك لأنه بإيصائه على هذا الوضع وجعله الوصية مؤبدة بالإيصاء إلى من لا يظن انقطاعهم قد أراد أن تكون العين بمنفعتها وقفا تخرج من ملكه بعد وفاته ولا يكون لورثته فيها ميراث - كما جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون الوصية. وبناء على ذلك يكون المصرف في تلك المدة جهات البر الأكثر نفعا.

وهذا الحكم يخالف ما تقضي به المادة ٢٧ من جعل المنفعة في بداية المدة لورثة الموصي وعلى ذلك تكون المادة ٥٣ مقيدة للمادة ٢٧.

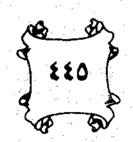


ويلاحظ كذلـك أنه بعد انتهـاء مدة الانتـفاع المعـينة أو بعد انتـفاع من عينهم الموصي عند الإطلاق تكون المنفعة للجهة الموصى لها مع مراعاة ما نص عليه في المواد ٧ و ٨ و ٣٠ و ٨٢.

كذلك لم يتعرض القانون لحالة ما إذا كانت الوصية في هذه الحالة لقوم محصورين عرفوا بالوصف وهي مطلقة أم مؤبدة ولم يوجد أحد منهم إلا بعد ثلاث وثلاثين سنة ميلادية من وقت وفاة الموصي في حين أن القانون قد جوز الوصية للمعـدوم وقت وفاة الموصي كما هو ظاهر من المادة ٢٧، والمادة ٥٣. وقد أشرنا إليه فيما سبق - وذلك كأن يوصي شخص لأولاد فلان أو لأولاد فـلان أبدا وتوفي الموصي وليس لفـلان أولاد ثم لم يحدث له أولاد إلا بعـد مـضي ٣٣ سنة من وقت وفـاة الموصي. أتكون الوصيـة لهم في هذه الحـال باطلة والمنفعة لمن ذكرهـم الموصي من الفقـراء أو جهات البر أبدا أم ماذا يكون الحكم؟.

وأنت تعلم أن الوصـية في هذه الحال باطلة بالنـسبة لأولاد فـلان لعدم وجود الموصى لهم عند الوفاة في رأي الحنفـية والشافعية والحنابلة كـما قدمنا وهي صحيحة عند مالك على أن ينتظر وجودهـم كما تقدم، ولكنها تبطل لهم في نظر القانون لعدم وجـود أحد منهم في خلال ثلاث وثلاثين سنة من وقت وفاة الموصي.

إننا إذا رجعنا إلـى المادة ٢٧ لاحظنا بناء على إطلاقها أنـها تتناول هذه الحالة ومقتضاها أن يكون الحكم فيهـا هو استحقاق ورثة الموصي للمنفعة إلى أن يوجد الموصى لهم أو يتحقق اليأس من وجود أحد منهم، فإذا تحقق اليأس من وجود أحد منهم فـلا يمكن أن يكون الحكم حينئذ هو استمرار اسـتحقاق ورثة الموصي للمنفعـة وذلك للنص هنا على أن تكون الوصيـة من بعد أولاد فلان الموصى لهم لمن ذكـرهـم الموصي من فقراء أو جهـات البر. ومن الظاهر أنه في حال وجودهم في أثناء المدة عند تعيـينها ثم انقراضهم يجب أن تكون المنفعة لمن جعلها الموصى لهم تنفيـذا لوصيته - ولكن إذا لم يوجد أحد منهم



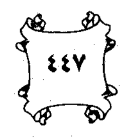
حال إطلاق أو حال ذكر الأبد في خلال ثلاث وثلاثين سنة أيعتبر ذلك في حكم اليأس من وجودهم فتظل الوصية لهم لما ذكرنا - وإذا بطلت فلمن تكون المنفعة بعد ذلك أتكون لورثة الموصي من بعد وفاته ثم تستمر لهم عملا بالمادة ٢٧ أم تكون لورثة الموصي إلى ثلاث وثلاثين سنة ثم تكون لمن ذكرهم الموصي بعدهم أم تكون لما هو أعم نفعا طبقا للمادة ٥٣ منذ توفى الموصي - ثم هل يكون ما يترتب على بطلان الوصية لتحقق اليأس من وجودهم هو نفس ما يترتب على بطلانها لمضي ٣٣ سنة من وقت وفاة الموصي دون أن يوجد أحد منهم أم يختلف الأثر فتكون المنفعة قبل تحقق اليأس لورثة الموصي طبقا للمادة ٢٧ أم تكون للجهة الأعم نفعا كما تقضي بذلك المادة ٥٣ أم تكون المنفعة للورثة في حال وللجهة في حال أخرى؛ كل هذا تساؤل قد يؤخذ الجواب عنه مما عللت به المذكرة الإيضاحية الحكم الوارد في المادة ٥٣ وهو أن المنفعة في جميع هذه الأحوال تكون للفقراء أو لجهة البر بصيرورة العين وقفا بناء على وضع الوصية هذا الوضع، وعلى ذلك تعتبر المادة ٥٣ مقيدة للمادة ٢٧ - هذا ما أميل إليه بعد النظر.

هذا، وليس يخفى أن الموصى له إذا كان معينا شخصيا كان وجوده وقت وفاة الموصي شرطا في صحتها وإذن فلا يتصور بطلان الوصية بسبب عدم وجوده في خلال ٣٣ سنة من وقت وفاة الموصي وإنما يتصور ذلك بسبب عدم بداية استحقاقه أثناء تلك المدة إذا كان استحقاقه مشروطا بشرط لم يتحقق في خلالها - وقد يكون هذا محل نظر أيضا لأن العبرة في تحقق شرط الاستحقاق في الوصية بتحققه وقت وفاة الموصي؛ كما إذا أوصى لفلان بأرضه هذه إذا لم يكن له عمل يرتزق منه فإن النظر في تحقق الشرط أو عدم تحققه إنما يكون عند الموت، فإذا لم يكن محققا بطلت الوصية وصارت الأرض ملكا للورثة ولا تعود بعد ذلك ملكا للموصى له إذا فقد العمل بعد ذلك، أما إذا كانت الوصية لغير محصور فإن القانون لم يشترط لاستحقاقهم وجودهم في خلال ٣٣ سنة من وقت وفاة الموصي، ولعله رأى أن الوصية لغير المحصور وصية لجهة خيرية غير معينة تعيينا شخصيا فلا يتصور فيها الإيصاء لها إذا كانت غير موجودة، راجع المادة ٥٣ ونصها.

وإذا كانت الوصية بالمنفعة بمدة معينة لقوم محصورين ثم من بعدهم لمن لا يظن انقطاعهم أو لجهة من جهات البر ولم يوجد أحد من المحصورين في خلال ثلاث وثلاثين سنة من وفاة الموصي أو في خلال المدة المعينة للمنفعة أو وجد في خلال هذه المدة وانقرض قبل نهايتها كانت المنفعة في المدة كلها أو بعضها على حسب الأحوال لما هو أعم نفعا من جهات البر.

الوصية المؤبدة:

إذا كانت الوصية بالمنفعة مؤبدة سواء أكانت لمعين أو لموصوف محصور كأن يوصي شخص لآخر بسكنى داره أبدا أو لفقراء أولاده أبدا فإن الموصى له يستحق سكناها مدة حياته فقط أو مدة وجوده عند الحنفية لما قدمنا فترد العين الموصي بمنفعتها بعد الوفاة أو بعد الانقراض إلى مالك رقبتها لانتهاء الوصية بموت الموصى له أو بانقراضه، وبهذا أخذ القانون م ٦١ مع ملاحظة أنه يشترط في صحتها في هذه الحال أن ينشأ استحقاق المنفعة في مدى ٣٣ سنة من وفاة الموصي على ما بينا - وعند الأئمة مالك والشافعي وأحمد لا تنتهى هذه الوصية بوفاة الموصى له بل تبقى وتنتقل المنافع بطريق الوراثة إلى ورثة الموصى له ثم بعد وفاة كل منهم ينتقل ما كان له إلى ورثته وهكذا على النحو الذي تورث به الأعيان وتنتقل إلى الأعقاب وهكذا، وهذا إذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين أو لموصوف محصور كما ذكرنا فإن كانت لغير محصورين لا يظن انقراضهم كما في الوصية للفقراء والمساكين أو كانت لجهة دائمة من جهات البر كالمساجد والمدارس وغير ذلك من المنشآت فإنها تكون مؤبدة عند جميع الفقهاء بصيرورة العين الموصي بمنفعتها وقفا - ومرجع ذلك أن ليس لهذه الجهات حياة ولا مدة محدودة حتى تنتهي الوصية بانتهائها فتبقى الوصية لذلك ما بقي الموصى له، وهذا هو معنى الوقف - وحكم الوصية المطلقة لغير المحصور أو لجهة من جهات البر هو حكم المؤبدة وذلك ما أخذ به القانون م ٥٢ ونصها.



إذا كانت الوصية بالمنفعة لقوم غير محصورين لا يظن انقطاعهم أو لجهة من جهات البر وكانت مؤبدة أو مطلقة استحق الموصى لهم المنفعة على وجه التأييد فإذا كانت مؤبدة أو مطلقة لقوم غير محصورين يظن انقطاعهم استحق الموصى لهم المنفعة إلى انقراضهم.

الوصية المطلقة عن المدة:

إذا كانت الوصية بالمنفعة مطلقة لم ينص على تأبيدها ولا على توقيتها فهي عند الحنفية والشافعية والحنابلة كالمؤبدة في حكمها عند كل منهم، فالحنفية يجعلونها مؤقتة بحياة الموصى له إن كان محصورا وأهلا للملك أو غير محصور يظن انقطاعه، ومؤبدة على سبيل الوقف إن كان غير محصور لا يظن انقطاعه أو كانت لجهات البر، لأن ذلك هو حكم المؤبدة عندهم كما قدمنا. وبذلك أخذ القانون م: ٥٢ - ولا يفوتنا أن نذكر هنا رأي أبي حنيفة وأبي طالب من الزيدية في عدم جواز الوصية بالمنافع لغير معين غير محصور إلا إذا كانت أموالا توزع وتعطى كالنقود والثمرات، أما إذا كانت أعراضا كالسكنى والخدمة والركوب فلا يريان صحتها للفقراء والمساكين لعدم إمكان القسمة خلافا للصاحبين ولبقية الأئمة[١].

والشافعية والحنابلة يجعلونها مؤبدة في هاتين الحالين، وكأن الموصي أوصى بالمنفعة أبدا.

أما المالكية فيختلف الحكم عندهم باختلاف حال العين الموصي بمنفعتها فإن كانت من الأعيان التي لا حياة فيها كالدار والأرض تقيدت بحياة الموصى له كرأي الحنفية، وإن كانت ذات حياة تقيدت بمدة حياة العين نفسها عند ابن القاسم، وهذا هو الراجح عند المالكية، إذ لا منفعة لها بعد هلاكها، وعند ذلك ترجع ذات العين «مادتها الباقية» إن كان لها قيمة بعد التلف إلى ورثة الموصي، ويرى أشهب أنها في هذه الحالة أيضا تتقيد بحياة الموصى له، فلا فارق بين الحالين عنده.

---

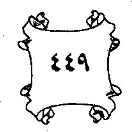
(١) بدائع الصنائع جـ٧، ص٣٥٥ والبحر الزخار، ص٣١٩، جـ٥.

ولكن هذا الرأي مرجوح عند المالكية، ولعل مرجع ما رآه ابن القاسم أن حال الإطلاق تحتمل التأبيد والتقييد وأن الانتفاع المؤقت جزء من الانتفاع المؤبد فكان هو القدر المحقق إرادته. والمفهوم أن الموصي إذا أقت الانتفاع فإنما يؤقت بوقت منضبط معروف له، وذلك الوقت المنضبط إنما ينطبق على مدة حياة العين الموصى بها إذا كان لها حياة كالدابة دون حياة الموصى له في هذه الحال إذ قد تمتد أزمانا إلى ما بعد هلاك العين وعند هلاكها لا تتحقق الوصية. وعلى حياة الموصى له إذا لم يكن للعين الموصى بها حياة كالأرض الزراعية إذ ليس للانتفاع بها نهاية متوقعة فكان التوقيت في الحال الأولى بمدة حياة العين الموصى بها وفي الحال الثانية حياة الموصى له.

أما أشهب فرأيه واضح لا يحتاج إلى تفرقة لأن الموصي إنما جعل المنفعة للموصى له فتختص به في الحالتين، وعلى ذلك فإذا أوصى إنسان لآخر بسكنى داره فله سكناها ما دام حيا، فإذا مات انتهت الوصية وإذا أوصى له باستخدام دابته فله أن يستخدمها عند ابن القاسم مادامت حية فإذا هلكت انتهت الوصية وإذا توفي قبل هلاكها حل ورثته في استخدامها محله إلى هلاكها، وعند أشهب تنتهي الوصية بموته إن بقيت حية إلى موته. وهذا كله إذا لم يكن في عبارة الوصية ما يفصح عن غرض الموصي، فإن تبين غرضه حمل عليه اللفظ ووقتت الوصية على مقتضى غرضه من توقيتها بحياة الموصى له أو بحياة الموصى به إن كان له حياة.

ما يملكه الموصى له بالمنافع:

تلك هي أحكام الوصية بالمنفعة ومنها تعلم أن الموصى له يستحق المنفعة الموصى له بها فيستوفيها على الوجه الذي بيناه على حكم ملك الموصي كما يستوفى الموقوف عليه منفعة العين الموقوفة على حكم ملك الواقف عند الحنفية. قال السرخسي في المبسوط: «تبقى العين الموصي بمنفعتها على ملك الموصي فتجعل مشغولة بتصرفه موقوفة على حاجته، وإنما تحدث منافعها على ملكه، وإذا ثبت هذا في المنافع ثبت في بدلها وهو الغلة اهـ.



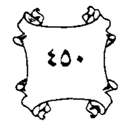
وقال الزيلعي في تبيينه: الأعيان الموصي بمنفعتها تكون محبوسة على ملك الميت في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه، كما يستوفى الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف اهـ.

ومثل هذا في أكثر كتب الحنفية فلا داعي لتكراره.

ومن الملاحظ أن هذا مجرد اعتبار دعا إليه القصد إلى تسويغ تملك الموصى له منافع العين بعد انتقالها إلى ملك الورثة بالميراث وأن هذا الاعتبار لا يتنافى مع الثابت فعلا وهو تملك الورثة للأعيان الموصي بمنافعها بمجرد موت الموصي بدليل أنهم يملكون أيضا منافعها التي تكون بعد موت الموصي وقبل ابتداء مدة الوصية التي قيدت بمدة محددة معينة المبدأ.

أما سبب عدم التنافي فهو أن ملكية الموصي حينئذ ملكية اعتبارية بالنسبة للمنافع الموصى بها فقط لا تتعداها إلى غيرها - وعلى ذلك فالموصي له في هذا النوع من الوصايا لا يتملك عند الحنفية شيئا من أعيان التركة وإنما يثبت له حق يتعلق بالأعيان الموصي بمنافعها وهو حق تملك منافعها ووضع يده على الأعيان لاستيفائها ولا يتملك هذه المنافع فعلا إلا باستيفائها لأنها معدومة حين قبول الوصية ولا يملك المعدوم وهذا الحق يمنع ورثة الموصي أن يتصرفوا في هذه الأعيان على البيان والتفصيل التالي:

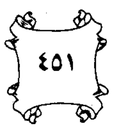
إذا كان الموصى له صاحب منفعة عين من الأعيان فإما أن يكون مستحقا لمنفعة عين بتمامها وإما أن يكون مستحقا لمنفعة جزء من العين، فإن كان مستحقا لمنفعة عين بتمامها كأن أوصى له بسكنى هذه الدار أو بغلة هذه الأرض أو بركوب هذه الدابة لم يكن للورثة عند الحنفية أن يتصرفوا في هذه العين الموصي بمنفعتها بالبيع ولا بالهبة ولا بالإجارة ولا بالرهن ولا بغير ذلك من التصرفات التي تضر بالموصي له، ذلك لأن العين في هذه الحال على حكم ملك الموصي لا على حكم ملك الورثة، ولهذا لا يجوز لهم أن يتصرفوا، ولأنهم لو تصرفوا فيها بالبيع مثلا لم ينفذ في منفعتها لأنهم لا



يملكونها واستثناء منفعة المبيع عند البيع غير جائز في رأي الحنفية فلا يجوز البيع. ولكنهم إذا باعوا العين فعلا فما حكم هذا البيع حينئذ؟ مقتضى قواعدهم فيما يظهر لي أنه يكون بيعا موقوفا على إجارة الموصى له أو زوال حقه بالتنازل عنه مجانا أو بمصالحته عنه نظير عوض مالي وإنما صح الاعتياض عنه استحسانا لا قياسا إذ القياس يقتضي عدم صحة الاعتياض عنه لأنه حق مجرد لتعلقه بمعدوم هو المنفعة - وهذا محل نظر لأن المتعلق بالمنفعة يستلزم التعلق بالعين أيضا فلا يكون مجردا، فإذا أجاز هذا البيع نفذ واعتبر ذلك منه إسقاطا لحقه في المنفعة فلا يطالب المشتري بأن يسلم إليه العين بعد ذلك، بل وليس له حق استبقائها عنده لاستيفاء منفعتها وكذلك إذا انتهى حق الموصى له بانتهاء مدته ولم يبطل البيع فإنه حينئذ يصير نافذا لزوال المانع من وقفه وهو حق الموصى له.

ويظهر لي أن الموصى له في هذا كالمستأجر عند بيع العين المؤجرة إذ يكون هذا البيع أيضا موقوفا على إجارة المستأجر أو انتهاء الإجارة. وعلى ذلك فالروايتان المنقولتان في المستأجر من أن له حق إبطال هذا البيع أو ليس له هذا الحق ينبغي أن تكونا كذلك في الموصى له، فيكون له الحق في إبطال بيع العين الموصي بمنفعتها على رواية ولا يكون له هذا الحق على رواية أخرى، وإنما يكون له حق حبس العين لاستيفاء حقه، فإذا لم يبطل البيع حتى انتهى حقه بسبب من الأسباب فإنه ينفذ عند ذلك، وقد روي أن الفتوى على الرواية التي تقضي بأن ليس له حق الإبطال. وعلى هذا لو باع الورثة العين الموصي بمنفعتها إلى الموصى له نفسه نفذ البيع وبطلت الوصية. إذ يصبح الموصى له مالكا للمنفعة بتملك العين وإنما نفذ البيع لأن توقفه لحقه والبيع له لا لغيره فلا يتوقف حينئذ[1].

(١) راجع الفتاوى الأنقروية جـ٢ ص ٤١١ والمبسوط جـ٢٧ ص ١٨١ وما بعدها - والفتاوى الهندية جـ٣ ص ١١٠ والأشباه والنظائر جـ٢ ص ٢٠٧ من الفرع الثالث وما بعدها. والبدائع جـ٧ ص ٣٠٥.



ويرى أبو يوسف أن للورثة أن يبيعوا نصيبهم في العين الموصي بمنفعتها ولو لغير الموصى له دون توقف على إجازته لأن ملكهم لهذا النصيب مطلق والملك المطلق يتبعه جواز التصرف وعدم جوازه إنما يكون لتعلق حق الغير بالمبيع وليس للموصى له تعلق فيما لم يوص له بمنفعته فإذا أوصى له بمنفعة دار ليس في التركة سواها لم يتعلق حقه إلا بثلثها فكان للورثة بيع الثلثين دون إجارة منه وبه أخذ القانون م ٦٠.

وعند المالكية والشافعية والحنابلة يجوز للورثة بيع العين الموصي بمنفعتها. غير أن المالكية يجعلون حكم هذا البيع كحكم بيع العين المؤجرة، وعلى ذلك لا يجوز البيع إلا إذا لم تزد المدة الباقية على انتهاء الوصية عن سنة بالنسبة للدار وعن سنتين بالنسبة للأرض وعن ثلاثة أيام بالنسبة للدابة، إذ لا تجوز عندهم استثناء منفعة المبيع عند بيعه إلا عن مثل هذه المدد بالنسبة لمثل هذه الأعيان وما ماثلها، وليس بيع العين الموصي بمنفعتها إلا بيع عين استثنيت منفعتها[1]. والشافعية يجوزون للورثة بيعها للموصى له ولغيره إذا كانت الوصية مؤقتة، فإن كانت مؤبدة جاز لهم بيعها للموصى له فقط ولم يجز بيعها لغيره لعدم فائدته من ذلك على الأصح، ويجوز لورثة الموصي والموصى له حينئذ أن يجتمعوا على بيعها لغير الموصى له ليصير له العين ومنافعها[2]، وهذا أحد أقوال ثلاثة: ثانيها، جواز بيعها للموصى له ولغيره لكمال ملك مالك الرقبة. ثالثها عدم جواز بيعها للموصى له ولغيره. والحنابلة يجوزون للورثة بيعها للموصى له ولغيره في جميع الأحوال[3] ويقولون قد تتحقق المنفعة عند التأبيد لغير الموصى له بأن يطمع في تملك المنفعة من قبل الموصى له بوسيلة من وسائل التمليك، وهذا أصح الأقوال الثلاثة عندهم وهي مماثلة لما قدمنا عن الشافعية.

وإن كان الموصى له مستحقا لمنفعة جزء من عين كثلث دار أو نصف أرض فحكم بيع هذا الجزء والتصرف فيه عند الأئمة هو حكم التصرف في

---

(١) راجع شرح الدردير الكبير جـ٤ ص ١١، ٤٤٨ وشرح الخرشي ص ٢٢٦.

(٢) راجع نهاية المحتاج جـ٦ ص ٨٧.

(٣) راجع كشاف القناع جـ٢ ص ٥٢٠.

العين الموصي بمنفعتها كلها فمن جوز ذلك جوزه هنا ومن منعه منعه هنا. أما حكم التصرف فيما عدا هذا الجزء من العين فصحيح نافذ عن المالكية والشافعية والحنابلة، لأنهم إذا جوزوا التصرف في الجزء الموصي بمنفعته فأولى أن يجوزوا التصرف فيما عداه.

أما الحنفية فقد قالوا إما أن تكون المنفعة الموصي بها قابلة للقسمة بنفسها كالغلة ومثال ذلك أن يوصي إنسان لآخر بثلث غلة هذه الأرض مدة سنة أو بغلة ثلث هذه الأرض مدة سنة، وإما أن تكون قابلة للقسمة بقسمة مكانها كالسكنى في دار متسعة ومثال ذلك أن يوصي إنسان لآخر بسكنى ثلث هذه الدار أو بسكنى هذه الدار وليس له من مال سواها، وإما أن تكون غير قابلة للقسمة كالركوب، ومثال ذلك أن يوصى إنسان لآخر بركوب هذه الدابة ثم يموت وليس له سواها فتنفذ الوصية في الثلث. وفي هذه الأحوال إذا باع الورثة من العين ما عدا الجزء الموصي بمنفعته كأن يبيعوا ثلثي الأرض في المثال الأول وثلثي الدار في المنال الثاني وثلثي الدابة في المثال الثالث فإن بيعهم يجوز عند الحنفية إذا ما كان البيع على الشيوع ويحل المشتري محل الورثة في البيع نص على ذلك صاحب المبسوط[1]. أما إذا قسموا العين بينهم وبين الموصى له وذلك لا يكون إلا في الوصية بغلة الأرض أو في الوصية بالسكنى فيجعلون للموصى له ثلثا معينا من الأرض أو الدار ويبيعون الباقي فإنه غير جائز عند أبي حنيفة لأن تخصيص الموصى له بجزء معين مفرز يحول بينه وبين حقه في المشاركة بمنفعة الجزء الآخر إذا بطلت منفعة الجزء الذي خص به بسبب من الأسباب، وقد قدمنا تفصيل وجهته هذه عند كلاهنا على قسمة مثل هذه العين[2]، وروي عن أبي يوسف جواز ذلك لأنه يرى أن الوصية بالمنفعة دون الوصية بالرقبة، فإذا جازت القسمة وجاز التصرف بعد ذلك فيما تعين بها «مع الوصية برقبة الجزء» فأولى أن تجوز مع الوصية بمنفعة.

---

(١) راجع المبسوط جـ٢٨ ص ٤.

(٢) ارجع إلى صفحة ٢٠٠، ٢٠١.

ويرى الحنابلة أن الموصى له في هذا النوع من الوصايا يتملك منافع العين الموصي بمنفعتها بمجرد قبوله الوصية، ويكفي في تسويغ تملكه لها وجود أصلها وهو العين، ولا يضير عدم وجودها نفسها حينئذ. لا فرق في ذلك بين أن تكون الوصية بالمنفعة مؤبدة أو مؤقتة أو مطلقة، فشأن الموصى له في ذلك شأن المستأجر(١).

وذهب جمهور الشافعية إلى التفرقة بين الوصية بالمنفعة إذا كانت مؤبدة أو مطلقة وبينها إذا كانت مؤقتة، فرأوا أن الموصى له أن يكون مالكا للمنفعة حال التأبيد وحال الإطلاق، ولذا يجوز له أن يتصرف فيها حينئذ بالإجارة والإعارة والوصية بها، ويرثها كذلك عنه ورثته بعد موته، كما هو رأي الحنابلة، وفي حال التوقيت لا يكون مالكا لها، وإنما أبيح له بالوصية أن ينتفع فقط، فحقه حينئذ من قبيل الإباحة لا الملك؛ ولذا لم يجز له إجارتها ولا إعارتها، وكان قيام الورثة مقام مورثهم في باقي المدة إن مات قبل نهايتها - على هذا - راجعا إلى انتقال حق الانتفاع إليهم لا إلى تملكهم للمنفعة بالميراث. وليس هذا عندي بنافع. ذلك لأن انتقال حق الانتفاع إلى الورثة لا يكون إلا على سبيل الوراثة وإذن يكون من قبيل الملك لا من قبيل الإباحة لأن الإباحة لا تورث. وإذا كان من قبيل الملك فأي فرق بين أن يقال. إن الموصى له يملك حق الانتفاع وأن يقال: إنه يملك المنفعة، ولذا لم يرتض بعض الشافعية هذا ولم يفرقوا بين حال التوقيت وغيرها وأجازوا للموصى له حال التوقيت الإعارة.

ومن الشافعية من ذهب إلى أن الوصية بالمنفعة على وجه التأبيد تعتبر وصية برقبة العين، فيمتلك الموصى له بالقبول العين ومنافعها، وعللوا ذلك بأن ليس للعين فائدة بدون منافعها حتى تبقى ملكيتها وحدها للورثة ومنافعها لغيرهم، وهذا مردود بأن الإنسان قد يوصي ببعض منافع العين على وجه

(١) راجع كشاف القناع ومنتهى الإرادات.

التأبيد، ويبقي للورثة الرقبة ومنافعها الأخرى الباقية، كما قد يكون للموصى له غرض صحيح من الوصية بمنافع العين كلها دون عينها. وهو المحافظة على بقاء العين بعدم تيسير بيعها من الموصى لهم بمنافعها حتى تدوم لهم ولورثتهم تلك المنافع، وهناك غير هذا من الأغراض(١).

أما المالكية فيرون أن حق المؤصى له في هذا النوع من الوصايا قد يكون ملكا للمنفعة وذلك إذا أراد الموصي أن يملكه إياها، ويستدل على ذلك بعبارة الوصية أو بما يحتف بها من القرائن وعندئذ يكون له أن يؤجر وأن يعير، وقد يكون حق انتفاع فقط إذا أراد الموصى ذلك وذلك إذا تبين أنه يريد أن ينتفع الموصى له بنفسه فقط وذلك من عبارته أو من القرائن وعند ذلك لا يؤجر ولا يعير.

استيفاء المنفعة الموصى بها:

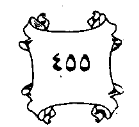
تخضع الوصية بالمنفعة لأصل متفق عليه بين الفقهاء هو قبول ملك المنفعة لأن يقيد من قبل المملك زمانا ومكانا ونوعا. وذلك بما تدل عليه عبارة الوصية وبما يضيفه إليها من شروط وقيود وعندئذ يجب تنفيذها إلا إذا تبين أن ليس لما قيدت به غرض صحيح يقصد من هذا القيد وبناء على هذا الأصل نفصل فيما يلي كيف تستوفى المنفعة الموصى بها.

الوصية بالمنفعة قد تكون لشخص واحد وقد تكون لأكثر وإذا كانت لواحد فقد لا يشارك فيما أوصى له به وذلك إذا ما نفذت الوصية بتحمل الثلث لها وقد يشاركه الورثة وذلك إذا لم يحملها الثلث ولم يجيزوا وعليه يكون لدينا حالان:

الحال الأولى: حالة انفراد الموصى له بالانتفاع وذلك إذا خرجت العين الموصي بمنفعتها من ثلث التركة ولم يشرك معه الموصي أحدا فيها - وفي هذه الحال إذا قيده الموصي بقيود أو شروط له فيها غرض صحيح تقيد في انتفاعه

---

(١) راجع نهاية المحتاج وحاشية الشبرملسي عليه وأسنى المطالب والتحفة.



بتلك الشروط. فإذا قيده بأن يسكن بنفسه ولا يسكن غيره في الدار التي أوصى له بسكناها أو قيد سكناه بمدة معينة محددة أو بحجرات منها أو نحو ذلك تقيد الموصى له بذلك فلا يملك أن يتجاوز هذه القيود اتفاقا. وإذا أوصى له بركوب دابة لم يجز له أن يحمل عليها وهكذا، وإذا جعل له منفعة عين فقد يجعلها له على الوجه الذي يريده ويرغب فيه كأن يقول الموصي أوصيت لفلان بمنفعة داري ينتفع بها كيف شاء وعلى أي وضع شاء. وقد يطلق كأن يقول أوصيت له بمنفعة داري. وقد ينص على نوع من الانتفاع كأن يقول أوصيت له بسكنى داري أو يقول أوصيت له باستغلالها.

ففي حال التعميم يكون للموصى له أن ينتفع على الوجه الذي يريده إن شاء بطريق استعماله الشخصي فإن كانت العين دارا سكنها وإن كانت أرضا زرعها وإن كانت سيارة ركبها وإن شاء بطريق الاستغلال فيؤجر العين لزراعتها والدار لسكناها والسيارة لركوبها وتكون له الأجرة وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء.

أما إذا أطلق فأوصى بالمنفعة مطلقة غير مقيدة - فقد ذهب الحنفية إلى أن عبارته تنصرف إلى الاستغلال. وذلك بناء على أن اللفظ المطلق لا يعم وإنما ينصرف إلى الفرد الكامل والانتفاع بالاستغلال أكمل وجوه الانتفاع؛ لأنه سبيل إلى المال الذي يسد به كثير من الحاجات. وعلى هذا يكون الحكم في هذه الحال كالحكم فيما إذا نص الموصي على الاستغلال، وإذا نص الموصي على نوع المنفعة وخصصها بالاستعمال كالسكني لم يكن له أن يستغل عندهم قولا واحدا؛ ذلك لأن السكنى خلاف الاستغلال فهما منفعتان مختلفتان فإذا ملك إحداهما لم يملك الأخرى وليس له أن يعوض عن منفعة الاستعمال بطريق الإجارة لأنها قد ملكها بالمجان فلا يملك أن يملكها غيره ببدل؛ لأن الملك بالمجان أضعف من الملك ببدل ولا يكون الضعيف سبيلا إلى ما هو أقوى منه إذ لا يستطيع أن يملك فوق ما يملك؛ ذلك لأن ملك المنفعة بمال كما في الإجارة يجعلها مالا حتى يصح مقابلتها بالمال وليس الأمر كذلك في تملكها بالوصية؛ إذ الملك فيها بالمجان فتبقى على وضعها ليس فيها معنى

المالية. وعلى ذلك فالموصي له وقد ملكها كذلك لا يملكها إلا على هذا الوضع حتى يملك ما يملك ولو صح أن يستغل لكان مملكا ما لا يملك.

وإن أوصى بالاستغلال فلا رواية فيه عند متقدمي الحنفية وكان للمتأخرين فيه قولان: أحدهما لأبي بكر الإسكافي وهو أن من جعل له الاستغلال كان له الانتفاع بشخصه لأن جواز تمليكه المنفعة لغيره بطريق الإجارة لا يكون إلا إذا كان مالكا لها؛ إذ لا يملك الإنسان إلا ما يملكه. وإذا ملكها استوفاها بنفسه. وثانيهما ليس له الاستعمال الشخصي وهو قول أبي بكر الأعمش؛ ذلك لأن الوصية بالاستغلال إنما هي في الواقع وصية بالأجرة والأجرة غير السكنى، ويقول الكاساني إن ذلك هو الصحيح.

وذهب أحمد والشافعي إلى أن من ملك المنفعة بالوصية ملك أن يملكها لغيره بطريق الإجارة لأن ملكه ملك تام فكان له أن يتصرف فيما ملك كالمستأجر وهذا ما لم تدل قرينته على خلاف ذلك كالوصية بالسكنى في خان فليس للموصى له حينئذ أن يؤجر وكذلك له أن ينتفع بنفسه إذا ما ملك أن يستغل لأنه إذ ملك أن يملك كان مالكا لما ملك(١).

وقد رأى القانون ألا يأخذ بما ذهب إليه الحنفية؛ إذ وجد من المصلحة ألا يقيد الموصى له بوجه خاص من الانتفاع ما دام لفظ الوصية يفيد تمليك المنفعة فقد يكون الموصى له بالسكنى مضطرا إلى الإقامة في بلد آخر غير بلد الدار الموصي بسكناها فإذا قيد بالسكنى ضاعت عليه المنفعة. وقد تفيض الدار عن سكناه وله سكن آخر وقد تكون دون حاجته إلى غير ذلك من الأسباب. وحين عدل القانون عن مذهب الحنفية رأى كذلك ألا يقيد الموصى له بشرط ليس فيه غرض صحيح. وعلى ذلك إذا قيده بالاستغلال كان له السكنى إذ ليس في هذا القيد غرض صحيح. وكذلك إذا قيد بالسكنى فقد يكون ذلك ضارا به. ولهذا أباحت المادة ٥٤ للموصى له إذا ما كانت العين الموصي بمنفعتها تحتمل أن ينتفع بها بطريق الاستعمال الشخصي وبطريق الاستغلال

---

(١) البدائع جـ٧ ص ٣٨٦.

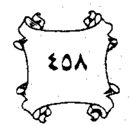


على وجه غير الذي أوصى به الموصي فإنه يجوز للموصى له أن ينتفع بها أو يستغلها على الوجه الذي يراه بشرط ألا يضر ذلك بالعين الموصى بها لأنه إذا ضر ذلك بالعين كان في اشتراط هذا الشرط غرض صحيح فيجب التقيد به.

وعلى هذا كان لمن أوصى له بالاستغلال أن يسكن ولمن أوصى له بالسكنى أن يستغل وإن شرط الموصي خلاف ذلك: سواء أكان منفردا بالانتفاع أم مشتركا مع غيره.

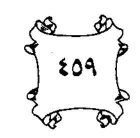
الحال الثانية: حال الاشتراك - والاشتراك قد يكون أثرا لعدم خروج العين الموصي بمنفعتها من ثلث التركة فيكون للورثة حينئذ أن ينتفعوا بما جاوز الثلث من العين عند عدم إجازتهم فتكون منفعة العين مشتركة بينهم وبين الموصى له - وقد يكون نتيجة لأن الموصي جعل الانتفاع لأكثر من واحد.

ففي **الحالة الأولى** تكون قسمة المنفعة بين الورثة والموصى له على حسب ما للورثة في العين من ملك تجاوز ثلث التركة فلو أوصى شخص لآخر باستخدام دابته سنة وليس له مال سواها استخدمها الورثة يومين واستخدمها الموصى له يوما إلى أن يستكمل سنة بالأيام لأن الوصية لا تنفذ في أكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة ولا يجوز كف يد الورثة عن جميع المال سنة بسبب الوصية، والدابة لا تحتمل القسمة فوجبت القسمة في الاستخدام بطريق المهايأة الزمانية لأنها الممكنة وحق الورثة في سهمين فيستخدمونها يومين وحق الموصى له في سهم فيستخدمها يوما حتى يستكمل سنة فتكون بعدها جميع منافعها للورثة - وإذا أوصى له بسكنى داره سنة ولا مال له غيرها وهي كبيرة تقسم من غير ضرر سكن الورثة ثلثيها وسكن الموصى له ثلثها سنة لإمكان استيفاء كل من الورثة والموصى له حقه منها من غير ضرر. ولا يصار إلى المهايأة الزمانية إذ يترتب عليها كف يد الورثة عن المال جميعه في نوبة الموصي من غير ضرروة وذلك لا يجوز، وقد ذكر أن ليس للورثة أن يبيعوا حينئذ ما في أيديهم إلا في رواية عن أبي يوسف عند الحنفية. وجه قوله أن حق



الموصى له قد تعلق بالثلث دون الثلثين فلا يمنع الورثة حقهم في الثلثين. ووجه قول الطرفين أن حق الموصى له متعلق بجميع الدار في الحقيقة بدليل أنه لو ظهر مال آخر لكان له سكناها كلها. ولو خرب ما في يده زاحم الورثة ما في أيديهم فلا يملكون لذلك البيع. وإذا كانت الدار صغيرة لا تقبل القسمة تهايئوا سكناها بالزمن لعدم إمكان الاشتراك - وإذا أوصى له بغلة داره سنة وليس له مال سواها أجرت الدار وكان للموصى له ثلث الغلة وذلك لإمكان قسمة الغلة - وإذا أوصى له بسكنى داره حياته وليس له سواها كان له أن يسكن ثلثها على ما بينا، ولو أراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليسكن ثلثها المقرر له حياته ليس له ذلك إلا في رواية عن أبي يوسف إذ يرى أن الموصى له بمنزلة الشريك فيما يجب فيه تنفيذ القسمة وهو المنفعة فكان له حق المطالبة بالقسمة في العين للوصول إلى حقه. ويرى أبو حنيفة أن القسمة إنما تبنى على ثبوت حق الشريك فيما تلاقيه القسمة مباشرة ولا حق للموصى له في رقبة الدار وإنما حقه في منفعتها والقسمة إنما تلاقي عين الدار وهذا كله ما لم يتفق الورثة والموصى له على وضع آخر يستوفي به الموصى له حقه وإلا نفذ ما اتفقوا عليه.

وإذا كانت الوصية بالمنفعة لأكثر من واحد استوفى كل منهم حقه على ما جعل له الموصي فيها من حق فيستوون فيها إذا ما سوي بينهم وتقسم بينهم على سهامهم إذا لم يسو؛ ويكون ذلك بقسمة المنفعة نفسها إن كانت تقبل القسمة كالغلة والثمرة أو بالمهايأة المكانية إن لم تمكن القسمة كما إذا أوصى لاثنين بسكنى دار وكان من الممكن لكل منهما أن يسكن في نصفها فعند ذلك ينتفعان بسكناها كذلك على أن يتبادلا ما بأيديهما بعد كل مدة معقولة إن أرادا وإلا استقر كل منهما في مكانه إن أرادا ويستوفي كل منهم حقه بالمهايأة الزمانية إن لم تمكن القسمة ولا المهايأة المكانية كما في استخدام سيارة فيستخدمها أحدهما شهرا مثلا والآخر شهرا آخر هكذا أو يستوفي كل منهما



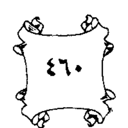
حقه بقسمة ذات العين إن أمكنت بلا ضـرر كأن تكون العين الموصى بها كبيرة فتقسم بينهما نصفين.

وجملة القول أن السبـيل إلى استيفاء الشركاء في المنفعـة حقوقهم سواء أكانوا موصى لهـم جميعا أم كـان بعضهم ورثة وبعضهم مـوصى لهم هو ما بيناه؛ وذلك على حسب اتفاقهم وعند النزاع على طريقة من طريقتين ممكنتين يفصل القضـاء بينهما في ذلك. ويـلاحظ أن المادة أجازت قسـمة العين التي أوصى بمنفعتـها بين الشركاء فيـها متى لم يترتب عليهـا ضرر أخذا برأي أبي يوسف م ٥٧ ونصهـا: تستوفى المنفعـة بقسمة الغلة أو الثـمرة بين الموصى له وورثة الموصي بنسبة مـا يخص كل فريق أو بالتهايؤ زمانا أو مكانا أو بقـسمة العين إذا كانت تحتمل القسمة من غير ضرر.

ملكية العين الموصى بمنفعتها:

تبين مما سبق أن الوصيـة بالمنفعة قد تكون مؤبدة وقد تكون غـير مؤبدة وذكرنا أن الوصيـة إذا كانت مؤبدة فإنه لا يحـتمل انقطاعها لأنهـا في النهاية تكون لجهات البر، وجهات البر لا تنقطع ويكون حكمها كذلك حكم الوقف أو تكون وقفا فتكون العين حينئذ مـوقوفة والعين الموقوفة لا مالك لها إلا الله عند الحنفية. ومن الفقهاء من ذهب إلى أنها ملك لمن وقفها غير أنه ممنوع من التصـرف فيـها وعلى هذا الرأي أسـست بعض أحكام الوقف الذي أخـذ بها القـانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ وليس لتطبيـق هذين الرأيين على العين الموصى بمنفعتها في حال التأبيد فائدة.

أما غير المؤبدة فإن ملك العين فيها قد يكون للورثة وقد يكون للموصى له بالرقبـة فتكون لورثة الموصي إذا أوصى بمنفعتـها ولم يوص برقبتـها وعلى ذلك تتوارث رقبتها، وعند انتهاء الوصية تصـير العين بمنافعها لمالك رقبتها من الورثة - أما إذا أوصى مالكها لشخص برقبتها ولآخر بمنافعها وقبل كل منهما الوصية وقد وسع ذلك ثلث التركـة فإن ملك العين يكون للموصى له بالرقبة



وملك المنفعة يكون للموصى له مدة حياته فإذا توفي تبعت المنفعة أصلها وصارت العين بمنافعها ملكا للموصى له بالرقبة.

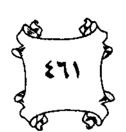
وإذا كانت المنفعة الموصى بها مؤبدة فإن نفقات العين تكون في غلتها لأن العين وقف ولا مالك لها وقد يكون المنتفع بها غير معين كالفقراء فكانت نفقتها في غلتها حرصا على بقائها ودوام الانتفاع بها.

وإذا كانت الوصية مؤقتة فإذا لم تكن العين صالحة للانتفاع كما إذا كانت أرضا سبخة فإن نفقاتها تكون على مالكها ولا يجبر على ذلك إذ لا يجبر إنسان على أن ينفق على ملكه أو على أن يصلحه أو يعمره.

وإذا كانت صالحة لأن ينتفع بها فعند الحنفية تكون جميع نفقاتها على مالك المنفعة لأن الغرم بالغنم فإذا كان له غنم الانتفاع بها كان عليه غرم نفقاتها سواء انتفع فعلا أم تهاون وقَصَّر فلم ينتفع وإذا كانت بحيث ينتفع بها مدة ولا ينتفع بها أخرى كانت نفقاتها في المدتين على مالك المنفعة لأنها في المدة التي لا ينتفع بها تستوفى عناصرها للإنماء في المدة الأخرى فكانت تابعة لها.

وهو في ذلك مثل المستعير تجب عليه نفقات العارية مدة انتفاعه - وإذا تعذر انتفاعه بها لسبب من الأسباب لا يد له فيه في مدة انتفاعه كنزعها منه مثلا انتقلت نفقتها إلى مالكها وهذا قول أحمد جاء في المغني[1]: وأما نفقة العبد الموصى بخدمته وسائر الحيوانات الموصى بمنافعها فيحتمل أن تجب نفقاتها على صاحب الرقبة وهذا الذي ذكره الشريف أبو جعفر مذهبا لأحمد وهو قول أبي ثور وظاهر مذهب الشافعي لأن النفقة على الرقبة وهي وسيلة بقائها فكانت على صاحبها كالعبد المستأجر وكما لو لم يكن للعين منفعة، ثم قال صاحب المغني ويحتمل أن تجب على صاحب المنفعة وهو قول أصحاب الرأي والأصطخري وهو أصح إن شاء الله تعالى لأنه يملك منفعته فكان عليه نفقته كالزوج ويحققه أن إيجاب النفقة على من لا نفع له ضرر مجرد يترتب على الوصية بالمنفعة وذلك مما يمنعه الشارع ولحديث لا ضرر ولا ضرار. ولذا

(١) المغني جـ٦ ص ٤٧٩.



جاء في الأثر الخراج بالضمان وفارق المستأجر لأن نفعه في الحقيقه للمؤجر بأخذه الأجرة عوضا عن منافعه. اهـ بتصرف - وفي نهاية المحتاج(١) وعلى الوارث ومثله الموصى له بالرقبة نفقة الموصي بمنفعته قنا كان أم غيره إن كانت الوصية بمنفعة مدة معينة لأنه مالك الرقبة وكذلك المنفعة في غير هذه المدة فإن كانت المنفعة مؤبدة فكذلك الحكم على الأصح وذلك لتمكنه من دفع ذلك عنه ببيع العين لمالك منفعتها أو هبتها له فإذا لم يفعل كان راضيا بتحمل نفقتها والثاني أنها على الموصى له لأنه صاحب المنفعة فصار كالزوج يجب عليه الإنفاق على زوجته وفي وجوبها على مالك الرقبة ضرر لعدم انتفاعه بها أبدا والضرر يجب رفعه.

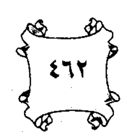
وإذا امتنع صاحب المنفعة من الإنفاق وقام بذلك المالك كان ذلك حقا له في غلتها يقدم على حق المنتفع، فقد جاء في الهندية(٢): ولو أوصى بغلة نخلة أبدا لرجل ولآخرين برقبتها ولم تدرك ولم تحمل فنفقة سقيها والقيام عليها على صاحب الرقبة فإذا أثمرت فالنفقة على صاحب الغلة فإن حملت عاما ثم أحالت فلم تحمل شيئا فالنفقة على صاحب الغلة وهو نظير الموصى له بالخدمة فإن نفقة الموصي بخدمته على الموصى له بالليل والنهار جميعا وإن كان ينام بالليل ولا يخدم إلا بالنهار، ولأن الأشجار التي من عادتها أن تحمل في سنة ولا تحمل في أخرى يكون ثمرها في السنة التي تحمل فيها أجود وأوفر مما إذا كانت تحمل كل عام.

فإن لم ينفق صاحب الغلة وأنفق صاحب الرقبة حتى حملت فإنه يستوفى ذلك من غلتها قبل إعطائها للموصى له لأنه كان محتاجا إلى الإنفاق كيلا يتلف ملكه فلا يعد متبرعا. جاء ذلك في المبسوط وقد أخذ القانون برأي الحنفية م ٥٨ ونصها: إذا كانت الوصية لمعين بالمنفعة ولآخر بالرقبة فإن ما يفرض على العين من الضرائب وما يلزم لاستيفاء منفعتها يكون على الموصى له بالمنفعة.

---

(١) نهاية المحتاج جـ٦ ص ٨٦.

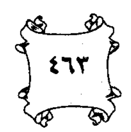
(٢) الفتاوى الهندية جـ٦ ص١٢٧.



وجوب مراعاة الثلث في الوصية بالمنفعة وتطبيق ذلك عليها

الوصية بالمنافع كالوصية بالأعيان تتقيد بثلث ما يتركه الموصي بعد الديون ولا تتجاوزه إلا بإجارة الورثة، وعلى ذلك تكون موقوفة فيما يجاوز الثلث عند عدم إجازتها ونافذة فيما يتسع له الثلث، فإذا أجازها الورثة نفذت في الزائد عليها وإذا ردوها بطلت في هذا الزائد. ذهب إلى ذلك الحنفية والشافعية والحنابلة. وذهب المالكية إلى أن الموصي إذا أوصى لإنسان بمنفعة عين معينة مدة معلومة ولم يتسع الثلث لهذه العين خير الورثة بين أن يجيزوا الوصية فتكون منفعة العين جميعها في تلك المدة للموصى له وبين ألا يجيزوها ويدفعوا للموصى له ثلث جميع ما يتركه الموصي من أموال لا فرق بين منقول وعقار ولا بين نقود وعروض ولا بين مال حاضر ومال غائب. أما إذا كانت المدة غير معينة كأن أوصى له بسكنى داره ولم يحدد لذلك مدة وكانت هذه الدار لا تخرج من الثلث فقد جاء في حاشية الدسوقي أن الموصى له يكون له في هذه الحال ثلث التركة وكأنه أوصى له بالثلث فيعطاه بلا تخيير. وقد علل هذا الحكم في موضع آخر بأن ذلك هو مدى ما للموصي من حق في التركة فإذا تجاوزه لإنسان أعطى كل ما له الحق في توجيهه - أقول وهل هذا يمنع من التخيير؟ وإذا كان عدم نفاذ الوصية على وضعها الذي صدر من الموصي إنما هو لحق الورثة فما الحكم إذا أسقط الورثة حقهم فأجازوا الوصية - المفهوم أن الوصية تنفذ حينئذ كما أرادها الموصي إذ له بإجارة الورثة أن يوصي بكل تركته وإذا كان الحكم كذلك لزمه تحقق التخيير ذلك لأن الورثة إما أن يجيزوها وإما أن يكون للموصى له بثلث التركة وعليه يكون الحكم واحدا عند تعيين المدة وعند عدم تعيينها على ما يظهر.

ونتيجة ما تقدم أن المالكية ينظرون إلى قيمة العين الموصي بمنفعتها عند الإيصاء بالمنفعة أيتسع لها ثلث التركة أم لا يتسع ولا ينظرون إلي المنفعة.



وإلى هذا ذهب الحنفية فإنهم ينظرون كذلك إلى قيمة العين التي أوصى بمنفعتها فإن وسعها ثلث التركة نفذت الوصية وإن لم يسعها الثلث نفذت الوصية فيما يحمله الثلث وتوقفت في الزائد على إجارة الورثة إن أجازوها نفذت وإن لم يجيزوها بطلت أو كان الورثة شركاء للموصى له في منفعته العين على الوضع الذي شرحناه.

ووجهتهم في ذلك أن في الوصية بمنافع العين حبسها عن الورثة مدة انتفاع الموصى له بها، والموصي لا يملك شرعا أن يحبس عن ورثته أزيد من الثلث إلا بإجازتهم فكانت الوصية بالمنفعة فيما زاد عليه متوقفة على إجازتهم لا فرق في ذلك بين أن تكون الوصية بالمنفعة مطلقة أم مؤقتة أم مؤبدة.

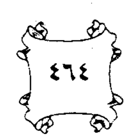
وذهب الحنابلة[1] إلى تقويم المنفعة نفسها ولكنهم فصلوا في طريقة تقويمها فإن كانت الوصية مؤقتة قومت المنفعة بالطريقة الآتية: وهي أن تقوم العين الموصى بها بمنافعها ثم تقوم مسلوبة المنفعة الموصى بها في المدة المحدودة والفرق بين القيمتين هو قيمة المنفعة الموصى بها. وهو الذي يجب لنفاذ الوصية بها أن يتسع لها ثلث التركة وإن كانت غير مؤقتة أو كانت مؤبدة ففي تقديرها وجهان: أحدهما أن تعتبر قيمتها مساوية لقيمة العين بمنافعها لأن تملك المنفعة على هذه الصورة يجعل العين عديمة القيمة في نظر كثير من الناس - الثاني أن تقوم العين بمنافعها ثم تقوم مسلوبة المنفعة التي أوصى بها على الوجه الذي جاء في الوصية المؤقتة والفرق بين القيمتين هو قيمة المنفعة التي توازن بثلث التركة.

وذهب الشافعية[2] إلى أن الوصية إذا كانت مؤبدة أو كانت لمدة مجهولة، اعتبرت قيمة العين مع منافعها قيمة للمنفعة الموصى بها؛ ذلك لأن

---

(١) المغني جـ٦ ص ٤٧٨.

(٢) نهاية المحتاج جـ٦ ص ٨٩.

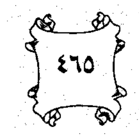


الموصي قد حال بين العين وبين الوارث بوصيته ولأنه من المتعذر تقويم المنفعة وحدها في تلك الحالة لعدم معرفة ما يعمره الموصى له من الزمن فإن احتملها الثلث نفذت الوصية في الجميع وإلا نفذت فيما يحمله الثلث وهذا هو الأصح من قولين ثانيهما أن تقوم العين بمنافعها ثم تقوم مسلوبة المنفعة والفرق بين القيمتين هو قيمة المنفعة. ولا تعذر في ذلك إذ لا بد أن يبقى للعبد قيمة ولو طمعا في إعتاقه.

أما إذا كانت الوصية بالمنافع مدة معلومة فإن العين تقوم بمنافعها ثم تقوم مسلوبة تلك المنافع في هذه المدة والفرق بين القيمتين هو قيمة المنفعة الموصى بها. وقد جاء في بعض كتب الشافعية أن ذلك في الوصية بجميع المنافع فلو أوصى له ببعضها كلبن الشاة مثلا قومت بلبنها ثم قومت خلية عنه أبدا أو إلى المدة المعلومة إن ذكرها ونظر في التفاوت أنسبة الثلث أم لا؟

ولم يلتزم القانون مذهبا من تلك المذاهب على وضعه بل أخذ بأصح القولين من مذهب الشافعية إذا ما كانت المنفعة مؤبدة أو إلى مدة مجهولة ثم سوى بهذه الحالة ما إذا كانت إلى مدة تزيد على عشر سنوات أخذا بقول بمذهب أبي حنيفة في هذه الأحوال فاعتبر أن قيمة المنفعة في هذه الأحوال الثلاثة تساوي قيمة العين سواء في ذلك أن تكون الوصية بجميع منافع العين أو بمنفعة من منافعها - أما إذا كانت الوصية لعشر سنوات فأقل فإن المنفعة تقوم بالنظر إليها في تلك المدة؛ وتكون الموازنة بين هذه القيمة وبين ثلث العين وذلك قد يكون بمراعاة إجارة العين تلك المدة وهذا قد يتفق مع ما ذهب إليه الشافعية. ولعل التقدير بعشر سنوات مرجعه إلى أنها مدة قصيرة قد تصل إليها الإجارة أحيانا م ٦٢ ونصها:

إذا كانت الوصية بكل منافع العين أو ببعضها وكانت مؤبدة أو مطلقة أو لمدة حياة الموصى له أو لمدة تزيد على عشر سنين قدرت بقيمة العين الموصى



بكل منافعها أو بعضها - فإذا كانت الوصية لمدة لا تزيد على عشر سنوات قدرت بقيمة المنفعة في هذه المدة.

أما إذا كانت الوصية بحق من الحقوق التي يصح الإيصاء به كحق الشرب وحق التعلي وحق الخلو فإن الموصى به يقدر بالفرق بين قيمة العين محملة بالحق وقيمتها غير محملة به دون النظر إلى مدة الوصية وذلك أخذا بأحد قولين عند الشافعية في حال التأبيد وحال الإطلاق وبقولهم في حال التوقيت. م ٥٣ ونصها: إذا كانت الوصية بحق من الحقوق قدرت بالفرق بين قيمة العين محملة بالحق الموصى به وقيمتها بدونه.

انتهاء الوصية بالمنفعة وبطلانها

تبطل الوصية بالمنفعة لأسباب عديدة عرضنا لها فيما سبق عند كلامنا على ما تبطل به الوصية على العموم وفي أثناء كلامنا على الوصية بالمنفعة ونرى أن نجملها فيما يأتي:

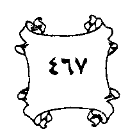
أولا - وفاة الموصى له بها قبل موت الموصي وقد علمت أنه سبب مبطل للوصية في جميع أحوالها.

ثانيا - وفاة الموصى له قبل بداية المدة المعينة للانتفاع إذا ما عين له الموصي مدة أو في أثنائها قبل انتهائها. ففي الحال الأولى تبطل الوصية فلا يكون لها أثر ما. وفي الحال الثانية تبطل الوصية في بقية المدة بعد الوفاة على ما ذهب إليه الحنفية وأخذ به القانون خلافا لمن جعل المنفعة في باقيها لورثة الموصى له إلى انتهاء المدة كالشافعية وقد سبق تفصيل ذلك. وإنما بطلت الوصية في هذه الأحوال لعدم إمكان تحقيق ما أراده الموصي.

ثالثا - مضي المدة المعينة للانتفاع قبل موت الموصي أو مضي بعضها ففي الحال الأولى تبطل فلا يترتب عليها أي أثر بعد الوفاة وفي الحال الثانية تبطل فيما مضى من المدة قبل وفاة الموصي وسبب ذلك انتهاء وقت الانتفاع الذي عينه الموصي قبل وفاته.

رابعا - استحقاق العين الموصي بمنفعتها إذ يتبين بذلك أن الموصي قد أوصى بما هو مملوك لغيره وقد ذكرنا أن الوصية به باطلة إذ إن استحقاق العين في الإيصاء بالمنفعة كاستحقاقها في الإيصاء برقبتها.

خامسا - إسقاط الموصى له حقه في المنفعة وذلك بتنازله عنه سواء أكان ذلك بالمجان أم بعوض كأن يتفق معهم على أن يدفعوا إليه مالا مقدرا على أن يترك لهم حقه في المنفعة الموصى بها له ولا



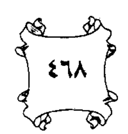
يطالبهم به. ذلك لأن من ملك حقا ملك إسقاطه ما لم يكن حقا شخصيا ذاتيا ولأن الإسقاط بعوض من قبيل المصالحة وقد نص الحنفية على جواز ذلك كما في المبسوط.

سادسا - شراء الموصى له بالمنفعة العين الموصى له بمنفعتها فإن كان شراؤه قبل ابتداء استحقاقه للمنفعة بطلت الوصية وإن كان أثناء استحقاقه بطلت فيما بقي له.

سابعا - رجوع الموصي عنها كما قدمنا.

ثامنا - هلاك العين الموصى بمنفعتها قبل وفاة الموصي وذلك لزوال محل الوصية وكذلك تبطل باستهلاكها في هذه الحال لزوال محلها أيضا، فإذا أوصى شخص بسيارة لإنسان فتعدى عليها آخر فحطمها بطلت حتى إذا اشترى أخرى من جنسها لم يكن للموصى له حق في منفعتها بناء على هذه الوصية وإذا لم يشتر غيرها عد ذلك منه رجوعا عنها. ولكن جاء في الفتاوى الأنقروية نقلا عن قاضيخان: العبد الموصى بخدمته إذا قتل خطأ وأخذت قيمته فاشترى بها السيد عبدا آخر ثبت حق الموصى له بالخدمة فيه من غير تجديد الوصية - اهـ والنص على عدم التجديد يدل على إمكانه وذلك إنما يكون في حياة الموصي وكون الموصي بمنفعته عبدا لا تأثير له فهل يصح أن يكون هذا النقل مقيدا لما ذكروه من أن هلاك العين واستهلاكها مبطل للوصية فيكون ذلك بالنسبة للوصية بالأعيان إذا ما كان الاستهلاك من الموصي لا من غيره. أو أن ما نقله الأنقروي رأي بعض الحنفية في الوصية بالمنفعة أو أن النص عن عدم تجديد الوصية في هذا الفرع جاء عفو اللسان.

وكذلك تبطل بهلاكها من غير تعد بعد وفاة الموصي سواء أكانت في يد الورثة أم في يد الموصى له فإن كان ذلك قبل بداية الاستحقاق بطلت الوصية



ولم يترتب عليها أثر وإن كانت بعد بداية الاستحقاق بطلت فيما بقي منه لزوال المحل أيضا.

وإن استهلكها إنسان فعليه ضمان العين سواء أكان هو الموصى له أم أجنبيا أو وارثا وعندئذ يشترى بالقيمة عين أخرى من جنس العين المستهلكة تحل محلها فينتفع بها الموصى له بقدر ما بقى له من منافع العين المستهلكة[1] عند الحنفية والشافعية.

ويرى الحنابلة أن الوصية بالمنفعة كما تبطل بهلاك العين الموصى بمنفعتها تبطل كذلك باستهلاكها سواء استهلكها وارث أم غيره وسواء أكان ذلك قبل وفاة الموصي أم بعده وهي في يد الموصى له - وذهب بعض الحنابلة إلى أن الوارث إذا تعدى على العين فاستهلكها ضمن الموصى له قيمة ما بقي له من منافعها إذ قد فات عليه بذلك ما يعد مالا، ومقتضى التعليل أن الأجنبي في الحكم كالوارث وإلى قول جمهور الحنابلة ذهب المالكية، كما تدل على ذلك عبارة الزرقاني: إذا اعتدى شخص على العبد الموصي بخدمته فقتله كان لمالكه قيمته ولا كلام للموصى له لأن حقه في الخدمة وقد سقط بالقتل.

أما انتهاء الوصية فيكون في الأحوال التالية:

١- إذا كانت المنفعة لمعين أو معينين ولم تكن من بعدهم لمن لا يظن انقطاعه فإنها تنتهي بانقراضهم. إن نص فيها على الأبد أو كانت مطلقة أو كانت مؤقتة فانقرضوا قبل نهاية مدتها. وفي غير ذلك تنتهي بانتهاء المدة التي أقتت بها.

٢- وإذا كانت المنفعة قد أوصى بها لذرية شخص فكانت للطبقتين الأولين أو جعلت لطبقة واحدة فإنها تنتهي بانقراض الطبقتين الأولين أو بانقراض الطبقة المستحقة إذا جعلت المنفعة لها فقط وقد سبق بيان كل ذلك.

---

(١) راجع نهاية المحتاج للرملي، والأشباه والنظائر للسيوطي، والمبسوط.



أما إذا أوصى بالمنفعة لموصوف غير محصور لا يظن انقراضه أو لجهات البر التي لا تنتهي فإن الوصية في هذه الحال تكون مؤبدة ولا تنتهي وذلك لعدم انتهاء مستحقها.

وقد تضمنت المادة ٥٩ بيان بعض هذه الحالات ونصها:

تسقط الوصية بالمنفعة بوفاة الموصى له قبل استيفاء المنفعة الموصى بها كلها أو بعضها وبشراء الموصى له العين التي أوصى له بمنفعتها وبإسقاط حقه فيها لورثة الموصي بعوض أو بغير عوض وباستحقاق العين.

الوصية ببيع عين من التركة أو بتأجيرها

جاء في المادة ٥٦ أن الوصية ببيع عين من التركة لشخص بثمن معين قدره الموصي وكذا الوصية بتأجيرها له مدة معينة عينها الموصي كسنة أو سنتين وبأجرة معينة سماها - نافذة إذا كان الثمن في البيع ثمن المثل والأجرة في الإجارة أجرة المثل أو كان كل منهما أقل من ذلك بغبن يسير فإن كان كل منهما يقبل بغبن فاحش وجب مقارنة ذلك الغبن بثلث التركة فإن وسعه الثلث نفذت هذه الوصية وإن لم يسعه الثلث نفذت كذلك إذا أجاز الورثة الوصية. أما إذا ردها الورثة فلا تنفذ إلا إذا زاد الموصى له الثمن في البيع والأجرة في الإجارة إلى ثمن المثل أو إلى أجرة المثل.

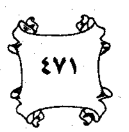
وهذا الصنيع يوحي بأن الوصية عند الغبن تعد وصية بالفرق بين ما سمي من ثمن أو أجرة وبين قيمة العين أو قيمة منفعتها في المدة المعينة؛ ولذلك توقفت نفاذ الوصية على خروجه من ثلث التركة أو إجارة الورثة إن لم يسعه الثلث - وهذا ما ذهب إليه الحنفية فقد جاء في الهندية[١].

إذا أوصى بأن تؤجر أرضه عدة سنين مسماة كل سنة بكذا وهي جميع ماله فإنه ينظر إلى أجرها فإن كان ما سمي مثل أجر مثلها وجب تنفيذ هذه الوصية. وإن كان المسمى أقل من أجر مثلها فإن كانت المحاباة بحيث تخرج من ثلث مال الميت فإن الوصية تنفذ وإن كانت المحاباة بحيث لا تخرج من ثلث مال الميت يقال للموصى له بالإجارة إن أردت أن تؤجر الأرض منك فأبلغ الأجرة إلى تمام الثلثين فإن أجاب أجرت الأرض منه وإن رفض لم تؤجر الأرض منه.

وفي المبسوط[٢] إذا أوصى بأن تؤجر أرضه من رجل سنين مسماة كل سنة بكذا ولا مال له غيرها فإن كان قد سمى أجرة مثلها جاز له ذلك وإن كان أقل منه حسب ذلك من الثلث لأن المحاباة في الأجرة بمنزلة المحاباة في

(١) الفتاوى الهندية نقلا عن المحيط جـ٦ ص١٢٣.

(٢) المبسوط جـ٨، ص٥.



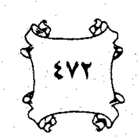
الثمن فتكون من ثلثه؛ وهذا لأن المنفعة تأخذ حكم المالية بالعقد بدليل أنه لو أجر أرضه ولم يسم الأجر كان له أجر مثل ما استولى المستأجر عليه من المنفعة كما في البيع إذا لم يذكر الثمن.

ويلاحظ أن الموازنة بين الثلث والأجرة تكون بالنظر إلى أجرة المدة كلها؛ ذلك لأن أجرة السنة قد يكون النقص فيها أقل من الثلث ولكنه يزيد على الثلث إذا ما لوحظ في جميع سنوات الإجارة لأنه يتضاعف بعددها. وقد جاء في العبارتين أن الموصي لا مال له غيرها. وإذن يكون النظر إلى ثلث قيمة الأرض - ويؤخذ من تعليل صاحب المبسوط بأن المنفعة تأخذ حكم المالية بالعقد أن الوصية هنا وصية بالمنفعة. وإذا لوحظ أنها منفعة في مقابل بدل فلا يتحقق التبرع فيها إلا فيما لم يقابل بالمال منها. وذلك في حالة الغبن وبناء على ذلك وجب مقارنته بثلث المال. أما ما عداه فلا تبرع فيه.

هذا، وقد نقل نص المحيط السابق صاحب البحر وأتبعه بقوله:

وكان الجواب في الإجارة كالجواب فيما إذا أوصى بأن تباع أرضه من فلان بكذا وذلك جميع ما له فإن كان المسمى مثل قيمة الأرض أو أكثر أو أقل بغبن يسير تباع الأرض منه وإن كان بغبن فاحش فإن كانت المحاباة بحيث لا تخرج من الثلث يقال للموصى له بالبيع إن أردت أن تباع الأرض منك فأبلغ الثمن إلى تمام ثلثي القيمة فإن أجاب إلى ذلك بيعت الأرض منه وإن أبى لم تبع الأرض منه. ومن مشايخنا من قال: لا يجوز أن يكون الجواب في الإجارة كالجواب في البيع - هذا، ولم يبين الفرق بين الجوابين عند هؤلاء.

من هذا يرى أن ما جاء في المادة ٥٦ مستمد من مذهب الحنفية - وأن مذهب الحنفية لا يشترط في الوصية بالبيع أو بالإجارة أن يكون محل البيع أو الإجارة وهو العين المبيعة أو العين المؤجرة يخرج من ثلث التركة فقد رأيت فيما تقدم أن الفرض في المسألتين أن التركة هي محل التصرف لا زيادة.



ولعل الملحظ في ذلك ما أشرنا إليه من انعدام التبرع في الوصية بالبيع أو بالإجارة إذا كان ذلك بثمن المثل أو بأجرة المثل إذ إن ما يخرج من التركة وصية يساوي ما يدخل فيها عوضا عما يخرج منها. وإنما يراعى لزوم الخروج من ثلث التركة عند التبرع لمساس ذلك بحق الورثة إذا ما تجاوز التبرع ثلثها. وقد ذكرنا أن الوصية بالإقراض جائزة نافذة بدون إجارة إذا كان المبلغ المسمى يتسع له ثلث التركة وإلا توقفت على إجارة الورثة، وأشرنا إلى أن الأجل في هذه الوصية لازم عند الحنفية. فقد جاء في البدائع جـ٧ ص ٣٩٦: وقد يلزم الأجل في القرض بمال بأن يوصي بأن يقرض من ماله بعد موته فلانا ألف درهم إلى سنة فإن الوصية تنفذ ويقرض من ماله كما أمر وليس لورثته أن يطالبوا قبل السنة وإنما اقتصرت الوصية بالإقراض على ثلث التركة، وأنت تعلم أن القرض يستوجب تملك مال على أن يرد مثله؛ وعلى ذلك فما يصيب التركة من نقص سيرد إليها عند الوفاة ما يجبر هذا النقص - ذلك لأن القرض في الحقيقة ينتهي إلى أنه عقد يبيح للمقترض أن ينتفع بما يقترضه وذلك بطريق استهلاكه في حاجته.

وهذه منفعة من منافع المال فآل الإيصاء بالقرض إلى وصية بمنفعة المال المقترض على وجه استهلاكه ثم رده بعد ذلك برد مثله وهذا إلى ما فيه من كف يد الوارث عن المال المقترض مدة من الزمن بدون رضاه فجرى لذلك مجرى الوصية بالمنفعة في وجوب عدم تجاوز محله لثلث التركة. وكانت الوصية به كالوصية بالمنفعة وصية بما يعد مالا في هذه الحال؛ لأن المنافع تتقوم بالعقد، فكما تتقوم بعقد الإجارة تتقوم كذلك بالوصية مراعاة للتركة، وعلى ذلك يتحقق في الوصية بالقرض كما يتحقق في الوصية بالمنفعة معنى التبرع ووجب لذلك ألا يتجاوز فيهما التبرع بثلث التركة إلا بإجارة الورثة - وقد يؤدي هذا إلى القول بأن الوصية بالإقراض إذا تعرت عن التأجيل وتحديده صحت بأي مقدار إذ لا نفاذ لها إلا برضا الورثة وعدم طلبهم ردّ المال في الحال فإذا لم يطلبوا رده كان ذلك إجارة لها فتصح بأي مقدار. أو إلى أنها لا تصح حينئذ لأنها تكون كالوصية بالإعارة، وبناء على ما تقدم لم تتقيد



الوصية بالبيع والوصية بالإجارة بأن لا يتجاوز محلها ثلث التركة وعلى قياس ذلك يجب ألا تتقيد الوصية بشراء عين بالثلث إلا إذا كانت وصية بشراء عين تعطى لفلان بالمجان فعند ذلك يجب ألا يتجاوز الثمن ثلث التركة لما تضمنته من التبرع - وكذلك يكون حكم الوصية بالهبة والوصية بالوقف وحكم الوصية بالشراء إذا ما عين الثمن وكان فيه محاباة فيجب أن يتسع الثلث لهذه المحاباة، ذلك ما ذهب إليه الحنفية. وذهب الحنابلة إلى أن الوصية بشراء عبد ليعتق صحيحة وتتقيد بالثلث ولا تتجاوزه إلا بإجارة الورثة. وإذا كان العبد معينا فأبى سيده بيعه بطلت كما تبطل إذا لم يتسع الثلث لشرائه وذلك ظاهر لما في ذلك من التبرع.

وإذا أوصى ببيع عبده لرجل بعينه بثمن معلوم صحت الوصية فإن تعذر بيعه لذلك الرجل أو أبى أن يشتريه بالثمن الذي عينه الموصي أو بقيمته إن لم يعين ثمنا بطلت الوصية. ولم يشر صاحب الشرح الكبير إلى ألا تتجاوز قيمة العبد ثلث التركة فكان الظاهر عدم التقيد به كما هو رأى الحنفية وإن جاز أن ترك ذلك القيد لظهوره في نظر ابن قدامة[1].

أما المالكية فقد جاء في الخرشي:[2] إذا أوصى بشراء عبد معين للعتق بأن قال اشتروا عبد فلان وأعتقوه فإن باعه صاحبه بقيمته فلا كلام وإن أبى فإنه يزاد له فيه ثلث قيمته فإذا كانت قيمته ثلاثين فإنه يزاد إلى عشرة فإن باعه فبها وإلا بطلت الوصية بعد التأبى. ومما يلاحظ أن الزيادة في الثمن قيدت بألا تزيد على ثلث قيمة العبد ولم تقيد بألا تزيد على ثلث التركة وهو ما جعل محلا للتبرع بنص الشارع. وكذلك لم يشر إلى وجوب خروج الثمن من ثلث التركة - ولعل ذلك مرجعه إلى أن ذلك أمر ظاهر. ثم جاء فيه: وإذا كانت الوصية بشرائه لفلان أي لا للعتق فإن أبى سيده بيعه بخلا بطلت الوصية وإن طلب زيادة زيد له إلى ثلث قيمة العبد كما تقدم فإن أبى كان مجموع ذلك لفلان وصية له - هكذا قالوا.

---

(١) المغني لابن قدامة جـ٦، ص٤٨١.

(٢) حاشية الخرشي جـ٨، ص١٢٥.

وأرى أن الفرق رغم ما قالوه تحكم وإلا لكانت التسوية تقضي بأن يكون لفلان في حال الإباء بخلاف قيمة العبد وأيضا لم يشر إلى خروج ذلك من الثلث، ولعل مرجع ترك هذه الإشارة إلى ظهورها، ثم جاء فيه بعد ذلك: وإذا أوصى ببيع عبد معين لمن يعتقه فإن اشتراه المشتري بقيمته فبها وإلا نقص من ثمنه بقدر ثلث قيمته فإن اشتراه بذلك فبها وإلا خير الوارث في بيعه بما يطلب المشتري أن يشتريه به أو في عتق ثلث العبد؛ لأن ذلك هو الذي أوصى به الموصي في المعنى - وفي هذه الصورة لا يتأتى تجاوز الثلث حتى يشار إليه، ثم قال: وإذا أوصى بأن يباع عبده فلان لفلان فإن اشتراه فلان بقيمته فبها وإن أبى أن يشتريه بذلك حط عنه من قيمته ثلثها فإن أبى مع ذلك خير الوارث بين أن يبيعه لفلان بما طلب وبين أن يسلم له ثلث العبد ملكا - وهذه الصورة أيضا لا يتصور فيها تجاوز الثلث لأن العبد إذا كان هو التركة فإما أن يترك لفلان ثلثه بالوصية وإما أن يترك له أكثر من ذلك برضا الورثة.

ولكنه مع ذلك أتبع المسألتين الأخيرتين بقوله: وهذا إذا حمل الثلث جميع العبد الموصي ببيعه للعتق أو لفلان فإن لم يحمله الثلث خير الوارث بين أن يبيعه بوضيعة ثلث التركة أو يعتقوا منه مبلغ ثلث التركة في مسألة العتق، أما في مسألة البيع فيخير الورثة بين أن يبيعوه بوضيعة ثلث التركة وبين إعطاء فلان ثلث جميع التركة من عروض ونقود وغيرها. وهذا حكم غريب ذلك لأنه إذا كانت قيمة العبد ٦٠٠ جنيه وكانت التركة كلها تقدر بمبلغ ٣٠٠٠ جنيه فإن العبد لا يعتق منه في مسألة العتق إلا ثلثه وهو ما يساوي ٢٠٠ جنيه ولا يكون لفلان منه إلا مثل ذلك وصية في مسألة بيع العبد له، أما إذا كانت التركة تساوي ١٥٠٠ جنيه فإن ثلثها حينئذ هو ٥٠٠ جنيه وعندئذ يكون ما يعتق من العبد في مسألة العتق خمسة أسداسه وعلى ذلك كيف يكون لفلان حال خروج العبد من ثلث التركة أقل مما يكون له حال عدم خروجه من التركة؟ إذ المفهوم أن اتساع الثلث لمحل الوصية لا

يكون سببا في نقصهـا عنها إذا ضاق الثلث عنها - وجاء في المدونة[1]: قلت فإن أوصى أن يؤجر أرضه من فلان سنين مسماة بكذا وكذا فنظروا للورثة إلى الأرض فكانت قيمة الأرض أكثر من الثلث قـال: فإنه يقال للورثة أسلموا ما أوصى له به الميت بالكراء الذي قال فـإن أبوا قيل لهم فأخـرجوا له من ثلث الميت مثلا بغير ثمن - وهذا صـريح في أن الوصية بالإجارة يجب لنفاذها ألا يتجاوز محلها قيمة ثلث التركة وبالأولى يكون ذلك مراعى في الوصية بالبيع إذ إن المبـيع له يعود إلى الـورثة وقد يكونون في حـاجـة إليه بخـلاف العين المستأجرة فإنها تعود إلى الورثة بعد انتهاء الإجارة.

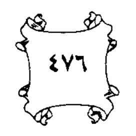
ومثل ذلك جـاء في تحرير الأحكام من كتب الشيـعة فقد جـاء فيه: أن الإيصاء بالمضـاربة هل يتقيـد بثلث التركة أم لا يتـقيد؟ فـيه نظر. اهـ وليس مبعث النظر إلا ما في المضـاربة من كف يد الورثة عن بعض التركة وذلك ما يدل بأن للورثة حقـا في صورة أعيـان التركة عن الشيـعة وأن الوصيـة بالبيع والإجارة تتقيـد بما لا يتجاوز محلها ثلث التركـة إلا بالإجارة. ولذا جاء في هذا الكتاب: لو أوصى من يبـاع عين مال له من إنسان احتاج فـيما زاد على الثلث إلى إجارة الورثة ولكنه إذ باع عين ماله في مرض مـوته بمثل القيمة نفذ دون توقف على الإجارة[2]. فـرقوا بين البـيع في المرض بمثل القـيمـة وبين الإيصاء بالبـيع في حين أن تنجيـز التصرف في المرض لـه حكم الإيصاء به. ولم يفرق الحنفية بين البيع في المرض بمـثل القيمة والإيصاء به بناء على أنه لا تبرع في الحـالين وإن ذكروا في البيع لوارث بمثل القيـمة خلافا. والمـفهوم أن هذا الخلاف يجري أيضا في الإيصاء بالبيع لوارث.

هذا ما أردنا بيانه من كلامنا عن الإيصاء بالتصرف أن الذي يبدو أن الحكم عند جمـهور الفقـهاء هو تقيد الوصـية بعدم تجاوزها ثلث التركة إذا مـا كانت بتصرف يحـول دون وضع يد الورثة على أعيانها كما في الوصـية بالمنافع، وقد

---

(١) المدونة جـ١٥ ص ٥١ من كتاب الوصايا الثاني.

(٢) تحرير الأحكام جـ١ ص٣٠١.



علمت أن هذا ليس على إطلاقه وأنه مشروط بأن يتضمن هذا التصرف تبرعا، أما إذا لم يتضمن تبرعا كما في الإيصاء بالإجارة بأجرة المثل فلا يتقيد إلا عند المالكية والشيعة على ما ظهر من المنقول وإن كان في جوازه ضرر كبير بالورثة إذا ما طالت مدة الإجارة سنين عديدة وكان الورثة في حاجة إلى أعيان التركة نفسها فضلا عما في ذلك من إجارة أعيان مملوكة للورثة دون أن يكون لهم رأي في ذلك بل تتم رغم أنوفهم.

وكذلك قلنا إنه إذا كان التصرف مما يترتب عليه خروج محله من التركة كالإيصاء بالبيع والهبة والوقف فإنه يشترط لنفاذ ذلك قولا واحدا ألا يتجاوز ثلث التركة إلا بالإجارة وذلك محل اتفاق بينهم. وقد علمت أن ذلك عند الجمهور ليس على إطلاقه بل إنما يشترط ذلك إذا تضمن تبرعا كالهبة والوقف والعتق، أما إذا لم يتضمن تبرعا كالبيع فلا يشترط عند الحنفية على ما قدمنا، واشترط ذلك الشيعة والمالكية، والظاهر أن هذا الشرط مراعى عندهم كذلك في الإجارة لأن كلا منهما معاوضة في مال عندهم. وعلى ذلك يكون رأي الشيعة والمالكية في هذا أكثر رعاية للمصلحة.

الوصية بالمرتب

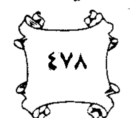
المرتب مقدار من المال يصرف دوريا لمصرف معين في فترات من الزمن كأن يصرف كل شهر أو كل سنة أو نحو ذلك وقد يكون نقودا كعشرة جنيهات أو حبوبا كأردبين من القمح وقد يكون خبزا كعشرة أرغفة كل يوم وقد يكون ثيابا كثلاثة أثواب كل سنة وقد يكون مقدرا بحسب العرف والعادة مثل أن يصرف لفلان نفقته كل شهر مدى حياته وهكذا.

وقد يكون من مال الموصي كأن يقول الموصي: أوصيت بأن يصرف كذا من مالي كل شهر لمسجد كذا، وقد يكون من الغلة كأن يقول: أوصيت بأن يصرف في جهات الخير كل شهر خمسة جنيهات من غلة داري هذه. والوصية في الحالة الأولى تعد من قبيل الوصية بالعين لأنها وصية بدفع مال من عين التركة وهي في الحال الثانية من قبيل الوصية بالمنفعة - لأنها وصية بدفع جزء من غلة عين والوصية بالغلة وصية بالمنفعة كما تقدم.

وهذا النوع من الوصايا قد يكون محدد المدة كأن يوصي الموصي بذلك مدة عشر سنوات وقد يكون مؤقتا بحياة الموصى له أو بوجوده كأن يوصي لفلان بمرتب سنوي أو لمدرسة معينة بمرتب سنوي وقد يكون مطلقا وقد يكون مؤبدا كالوصية بمرتب شهري يصرف للفقراء أو لجهات البر.

وقد تكون الوصية بالمرتب منفردة ليس معها وصية أخرى وقد تصاحبها وصية بسهام كأن يوصي لفلان بمرتب ولفلان آخر بربع تركته وقد تكون هذه الوصية لفرد واحد وقد تكون لعدة أفراد وقد تكون لطبقة أو لطبقتين ونحو ذلك.

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى صحة هذا النوع من الوصايا فجوزه الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والشيعة، ومن الفقهاء من ذهب إلى عدم صحته كابن حزم في المحلى وقد بنى رأيه هذا على جهالة الموصى به لأن الموصى له بالمرتب قد يعيش المدة التي أوصى له فيها وقد لا يعيشها وقد



تطول حياته أو وجوده وقد لا تطول فكان مقدار الموصى به مجهولا والوصية بالمجهول عنده باطلة(١).

والذين أجازوا هذا النوع من الوصايا اختلفوا فيما يترتب عليه من أحكام وآثار تبعا لاختلافهم في دلالته واقتضائه واختلافهم في تخير ما به يكون ضمان تنفيذه من الطرق وذلك في دائرة ما اشترط عندهم من شروط وأوضاع للوصية الصحيحة.

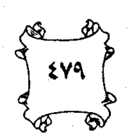
وفيما يلي بيان الحكم في هذا النوع من الوصايا عندما يكون مؤقتا ثم يتلوه بيان حكمه عندما يكون مؤبدا في المذاهب المختلفة.

الحنفية:

يرى الحنفية أن الوصية بالمرتب في مدة معينة سواء أجعله الموصي مرتبا من غلة الأعيان أم جعله مرتبا من المال الذي تركه نفذ في حكم الوصية بالعين من ناحية وجوب خروجها من الثلث لنفاذها بدون إجارة ومن ناحية ملاحظته نسبتها إلى مجموع التركة عند الضرب بها حال التزاحم والمحاصة. فالذي يوصي لفلان بعشرة جنيهات من غلة ثلث تركته يعد في الحكم موصيا بالثلث. والذي يوصي بذلك من غلة هذا البستان يعد في الحكم موصيا بالبستان فينظر إلى نسبته إلى مجموع التركة بعد تقويمها والذي يوصي بذلك من ربع ماله يعد في حكم الموصي بكل ماله وكذلك الذي يوصي بعشرة جنيهات من ماله أو من ثلث ماله يعد في حكم الموصي بماله أو بثلث ماله عند الإمام وصاحبيه.

غير أنه عند التزاحم والمحاصة بين الموصى لهم يختلف الإمام مع صاحبيه ذلك الخلاف الذي سبق بيانه عند الإجارة وعند عدمها؛ فالإمام عند عدم الإجارة ينزل دائما بما زاد على الثلث إلى الثلث فلا يضرب من أوصى له بمبلغ من جميع المال أو من غلته إلا بالثلث بينما يضرب عند الصاحبين بما

(١) المحلى جـ٩ ص٣٣٣.



أوصى له من كل أو نصف أو ثلث. وعند الإجارة يذهب الإمام إلى القسمة بطريق المنازعة بينما يرى صاحباه القسمة بطريق العول على ما بينا سابقا، وإذا زادت الغلة التي أوصى بجزء منها عن المرتب حفظ الزائد فقد تنقص عن المرتب في زمن آخر فيعطى ما يكمل المرتب منه وهكذا إلى أن تنتهي المدة فيكون ما يبقى للورثة لأن الموصي لم يوص بأعيان وإنما أوصى بغلة ولا تزال الأعيان على حكم ملك الموصي أو على ملك الورثة، فإذا انتهى حق الموصى له باستيفائه ومضى مدته كان الباقي لورثة الموصي.

وهاك ما يؤيد ذلك من الفروع ويوضحه:

جاء في الهندية:

١- ولو أوصى لفلان بعشرين درهما من غلة ماله كل سنة فأغل سنة قليلا وسنة كثيرا فله ثلث الغلة كل سنة يحبس وينفق منه على فلان الموصى له كل سنة من ذلك عشرون درهما ما عاش وهذا ما أوجبه الموصي وربما لا تحصل الغلة في بعض السنين فلهذا يحبس ثلث الغلة على حقه اهـ.

فإنك ترى أن الإيصاء بعشرين درهما من غلة ماله كل سنة صار في حكم الوصية بغلة ثلث ماله لأن الوصية محلها الثلث ولهذا تحبس غلة الثلث فلا يعطى للورثة منها شيء وإنما ينفق منها على الموصى له كل سنة المرتب الذي عينه الموصي فقد لا يغل المال سنة من السنوات فيعطى الموصى له من المحفوظ من زائد غلة السنين الماضية. وهكذا إلى أن يتوفى الموصى له فيكون ما بقي من الغلة للورثة وكذلك يخلص لهم ثلث المال المحبوس عنهم - وهذه كما ترى وصية من الغلة.

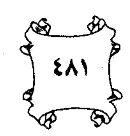
٢- ولو أوصى بأن ينفق عليه خمسة دراهم كل شهر من ماله فإنه يحبس جميع الثلث لينفق منه عليه كل شهر خمسة دراهم كما أوجبه الموصي ويستوي أن يأمر بأن ينفق عليه كل شهر منه درهما أو أكثر كذا في المبسوط. وإنك لترى من هذا أن الوصية في المال

كالوصية في الغلة يحبس فيهما جميعا ثلث المال غير أن الفرق بين الأمرين أن الوصية إذا كانت في الغلة لا يدفع المرتب إلا من الغلة حتى إذا ضاقت في سنة انتظرنا غلة السنوات الأخرى ليعطى منها ما نقص من تلك السنة. أما إذا كانت الوصية في المال فإن المرتب يعطى من المال ونمائه لأن النماء تابع له وملحق به حتى إذا لم يف النماء بالمرتب كمل من عين المال بأن يباع منه ما يفي بما نقص من المرتب، ويدل على ذلك تعبير صاحب المبسوط بعبارة: ينفق عليه منه.

٣- رجل أوصى لرجلين بأن ينفق على كل منهما في كل شهر كذا من ماله فإن الثلث يحبس لهما فإذا صالح الورثة أحدهما على شيء أعطوه إياه استمر وقف الثلث كله على الموصى له الآخر ولا يرجع حق من صولح إلى الورثة - كذا في المحيط.

ويظهر من المسألة الآتية أن الفرض في المسائل الثلاث السابقة عدم إجارة الورثة لأن الوصية في المال أو في غلته. والوصية على هذا الوضع وصية بالكل كما سيأتي في المسألة الرابعة.

٤- ولو أوصى بأن ينفق على فلان خمسة دراهم من ماله كل شهر ما عاش وأن ينفق على فلان وفلان عشرة دراهم من ماله كل شهر ما عاشا لكل واحد منهما خمسة دراهم - أو لم يقل ذلك - وأجازت الورثة يقسم المال بين الموصى له بخمسة وبين الموصى لهما بعشرة نصفين فيوقف نصف المال على صاحب الخمسة والنصف على صاحبي العشرة لأن الموصى له بخمسة موصى له بجميع المال وصية واحدة والموصى لهما بعشرة موصى لهما بجميع المال وصية واحدة فكأنه أوصى لهذا بجميع المال ولهما بجميع المال فيقسم المال بين الوصيتين نصفين اتفاقا بين الإمام وصاحبيه لتساوي الوصيتين في جميع المال فإن مات المنفرد بالوصية وقف ما بقي له بعد إعطائه



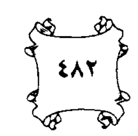
مرتبه على صاحبي العشرة وضم إلى الموقوف عليهما، وإن مات أحد صاحبي العشرة ولم يمت المنفرد بالوصية ضم ما وقف للمتوفى إلى ما لصاحبه ولا ينال صاحب الوصية الخاصة به شيء منه - وإن لم تجز الورثة نفدت الوصيتان في الثلث فيقسم الثلث نصفين نصفه للموصى له المفرد ونصفه للمشتركين اتفاقا عند الإمام وصاحبيه لتساوي الوصيتين. أما عند الإمام فلنزول كل منهما إلى الثلث وأما عندهما فلأن كلا منهما في حكم الموصى له بالكل - ولو أنه أفرد لكل من الثلاثة وصية فعند الإجارة يقسم المال بينهم أثلاثا وعند عدمها يقسم الثلث بينهم أثلاثا وإذا مات أحدهم ضم ما بقي من الموقوف له إلى الموقوف على الآخرين مناصفة وذلك لتساوي الوصايا عند الجميع في الحالين حال الإجارة وحال عدمها.

فهذه فروع تدل على الإيصاء بمرتب من المال يترتب عليه حبس جميع المال عند الإجارة وكأنه قد أوصى بحبس ماله جميعه على ذمة هذا المرتب وكذلك الحكم إذا كانت الوصية بمرتب من ثلث المال فإنه يترتب عليه حبس الثلث وكأن الموصي قد أوصى بحبسه على ذمة هذا المرتب.

والحكم كذلك إذا كانت الوصية بمرتب من غلة جميع المال أو من غلة ثلثه غير أنه إذا ضاقت الغلة في الوصية بالمرتب من المال أعطي النقص من المال ولا تنتظر غلة السنوات القادمة.

ولا فرق بين أن تكون الوصية مدة حياة الموصى له أو مدة معينة كعشر سنوات مثلا لأنها في الحالين مؤقتة بل إن الوصية إذا جازت مدة حياة الموصى له وهي مجهولة فأولى أن تجوز في مدة محددة وسنين معدودة.

ويلاحظ أن الموصي لو أوصى بثلثه لفلان يعطى له منه كل شهر كذا كان وصية بالثلث فيعطى له ولا يحبس عنه ويفعل به الموصى له ما شاء. نص على ذلك محمد ونقل في الهندية عن المحيط وعلى ذلك يكون هذا الشرط لاغيا لأنه يمس حق الموصى له في التصرف بعد أن يكون قد ملك.



وقد تصاحب الوصية بالمرتب وصية بالسهام وعندئذ لا يختلف الحكم عما تقدم - جاء في الهندية: قال محمد في الجامع رجل أوصى بأن ينفق على فلان ما عاش من ماله كل شهر خمسة دراهم وأوصى لآخر بثلث ماله وأجازت الورثة فإن المال يقسم على ستة أسهم للموصى له بالثلث سهم يدفع إليه ليصنع منها ما شاء والباقي وهو خمسة أسهم توقف فينفق منها على الموصى له بالنفقة كل شهر خمسة دراهم عند أبي حنيفة، وهذه قسمة على طريق المنازعة لأن الموصى له بالمرتب من المال موصى له بجميع المال ولا ينازعه الموصى له بالثلث في الثلثين فيسلمان له وصار الثلث محل منازعتهما فيكون بينهما نصفين للموصى له بالثلث نصفه وهو السدس والباقي للآخر وهو خمسة الأسداس، ولم يرتض هذا الحسن بن زياد ذاهبا إلى أن طريق المنازعة عند أبي حنيفة يجعل للموصى له بالثلث سهما من أربعة أسهم وللآخر ثلاثة الأسهم الباقية، وسيأتي بيان ذلك عند كلامنا على تزاحم الوصايا.

أما عند الصاحبين فإن المال يقسم بينهما أرباعا بطريق العول لأن صاحب المرتب يضرب بالكل وصاحب الثلث يضرب به ونسبة الكل إلى الثلث كنسبة ثلاثة إلى واحد فجملة السهام أربعة لصاحب المرتب ثلاثة ولصاحب الثلث سهم وما يدفع للموصى له بالثلث يكون له أما الباقي فيحبس ويحفظ لينفق منه على صاحب المرتب ما عاش.

وعن أبي يوسف أن هذا الصنيع في المال القليل أما إذا كثر المال فإنه لا يوقف لصاحب المرتب إلا مقدار ما يكفي للإنفاق منه عليه المدة التي يعلم أنه سيعيشها غالبا - ولكن ما ذكر في الكتاب عنه أصح وهو الرواية الأولى.

فإن مات الموصى له بالنفقة قبل أن ينفق عليه جميع ما وقف له فإن وصية صاحب الثلث تكمل مما بقي حتى إذا فضل منه شيء بعد ذلك رد إلى ورثة الموصي لخلوصه من الوصية حينئذ.



هذا إذا أجازت الورثة الوصية فإذا لم يجيزوها فالثلث بينهما نصفين عند الإمام لنزول وصية صاحب المرتب إلى الثلث فساوت الوصية الأخرى وعندهما يكون الثلث بينهما أرباعا أيضا على طريق العول لما بيناه في حال الإجارة - فإن مات صاحب المرتب قبل نفاد ما حبس له صرف جميع ما بقي إلى الموصى له بالثلث لانتهاء المزاحمة فيه وخلوصه له - هذا هو رأي الحنفية.

رأي المالكية:

يري المالكية أنه إذا أوصى شخص لآخر بمرتب مدة معلومة أو مدى حياته فإن المرتب يقدر في المدة المعلومة أو في المدة التي يظن أن الموصى له يعيشها من تاريخ استحقاقه الوصية فإن زاد المجموع على الثلث رد إلى الثلث. ويوقف هذا المقدار ليستوفى منه المرتب حتى ينفد أو يموت الموصى له فإذا بقيت من الموقوف له بعد موته بقية ردت إلى الورثة - وإذا كان معه موصى لهم آخرون حاصهم بما جعل له إن أجاز الورثة الوصية - ويلاحظ أنه عندما تبقى بقية من المال الموقوف ترد في هذه الحال إلى باقي الموصى لهم إلى أن تكمل وصاياهم فإذا بقي بعد ذلك شيء كان للورثة والوجه في هذا ظاهر.

ويدل على ذلك ما جاء في المنتقى شرح الموطأ[1] من أنه إذا أوصى شخص لآخر بنفقته ما دام حيا ينظر عند موت الموصي كم مضى من عمره ثم ينظر كم يعيش بعد ذلك. وماذا يكفيه من النفقة بأنواعها بما في ذلك الكسوة والسكنى فيكون موصى له بجملة ذلك ويحاص به أهل الوصايا الأخرى مع ملاحظة ألا يزاد في التقدير له على الثلث إلا بإجارة الورثة وإذا تبين ما أصابه ونفذت فيه الوصية هل يدفع له أو يوقف له. قال القاضي أبو محمد في معونته يوقف له ولا يدفع إليه لأنه إنما يستحق ذلك في تلك المدة إذا كان حيا وقد تخترمه المنية قبل نهايتها وقد أتلف ما صار إليه كله وذلك يضر بالورثة،

---

(١) المنتقى شرح الموطأ للباجي جـ٦، ص١٦٦.

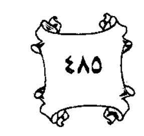
وإذا زاد عمره على ما قدر له من السنين أو قصر عن ذلك؛ فعن ابن القاسم في المجموعة والمدونة ما يبقى بعد انقضاء عمره رد إلى أهل الوصايا الأخرى يتحاصون فيه وإن بقي شيء بعد تمام وصاياهم رجع إلى الورثة وإن فني ما أصابه وهو حي لم يرجع على أهل الوصايا بشيء ولم يستأنف له تعمير. والقياس يستأنف التعمير ويرجع على أهل الوصايا الأخرى. أو في التركة إذ كان ماله دون الثلث وهو قول أشهب. ووجهه أنه إذا رد ما يبقى إلى أرباب الوصايا أو إلى الورثة وجب أن يرجع بما بقي له لو عاش بعد المدة - على أهل الوصايا أو في التركة.

وكذلك ما جاء في المدونة(1)، إذا أوصى الميت بشيء ليس له غاية ولا أمد مثل أن يقول أعطوا المساكين كل يوم خبزة كذا أو اسقوا ماء في السبيل فهذا كله إنما أوصى بثلث ماله وإنما يحاص بالثلث إذا كان الميت قد أوصى مع هذا بوصايا أخرى. وكذلك كل ما كان إلى الناس بغير أجل مثل أن يقول أعطوا المساكين درهما كل يوم أو كل شهر ولم يؤجل فإنهم يضرب لهم بالثلث إذا كان الميت قد أوصى معهم بوصايا - وهذا كما يرى وصية بالمرتب في عين المال لا في غلته - عندما تكون الوصية مؤبدة، وقد جاء في الخرشي أنه إذا تعددت الجهات الموصى لها كانت القسمة بالمساواة على قول ابن الماجشون وبالمحاصة على ما في الموازية وهو اختيار التونسي.

والمفهوم من ذلك أن الوصية بالمرتب إذا لم يعين لها مدة تكون وصية بالثلث أما إذا عين لها مدة ولو كانت حياة شخص فهي وصية معينة المقدار فيراعى خروجها من الثلث أو عدم خروجها كما يدل على ذلك ما سبق ونصوص أخرى في موضوعات مشابهة وأن الوصية لشخص مدى الحياة تعتبر معينة المدة إذ من الممكن تقدير ما سيعيشه الموصى له من الزمن إما بمراعاة أعمار أهل زمانه وإما بجعل عمره ٧٠ سنة أو ٨٠ سنة، وقيل ٩٠ سنة على الخلاف في تقدير الأعمار عند المالكية.

---

(1) المدونة جـ٥، ص٥١.



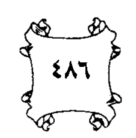
وبناء على ما ذكر إذا ما أوصى لفلان بخمسة جنيهات كل شهر من ماله أو من غلة ماله فإنه ينظر عند وفاة الموصي كم يعيش الموصى له بعد ذلك ثم ينظر مقدار استحقاقه فإن خرج من ثلث التركة فيها وإلا رد إلى الثلث إن لم تجز الورثة ويوقف ذلك لينفق منه ولا يعطي للموصى له لأنه إنما يستحق ما دام حيا وقد يموت قبل نفاد المال فلا يكون له استحقاق في باقيه بل يكون لورثة الموصي إن لم يستحقه موصى لهم آخرون.

والوصية في هذه كالوصية لفلان بالنفقة التي تقدمت إذ إن النفقة ليست إلا مرتبا يعطى تباعا للإنفاق منه.

وهذا كما يرى إذا كانت الوصية في المال فإن كانت في غلة المال فإن الحكم يختلف فقد جاء في المدونة[1]: أرأيت إن أوصى شخص لرجل بدينار من غلة داره كل سنة والثلث يحمل ذلك فأكراها الورثة بعشرة دنانير في أول السنة فدفعوا إلى الموصى له دينارا ثم بارت الدار تسع سنين فلم يجد الورثة من يكتريها أو أكروها بأقل من دينار بعد ذلك أو انهدمت الدار قال: يرجع الموصى له بالدنانير على الورثة في تلك الدنانير التي أخذوها من كراء الدار أول سنة فيأخذ منها لكل سنة دينارا حتى يستوفيها لأنها من كراء الدار وكراء الدار لا شيء فيه للورثة إلا بعد ما يستوفى الموصى له ديناره. وكذلك لو أكروها بعشرة دنانير في السنة فضاعت الدنانير إلا دينارا واحدا فإن هذا الدينار يأخذه الموصى له في مرتبه، ثم ذكر فروعا أخرى ومنها يتبين أن الوصية بالمرتب إذا كانت من الغلة عدت من الوصية بالمنافع واعتبر فيها الثلث على حسب ما قدمنا في الوصية بالمنافع عند مالك وهو اعتبار قيمة العين فإذا حمل الثلث نفذت الوصية من الغلة على الوضع الذي بين في الوصية بدينار من غلة الدار وإن لم تخرج من الثلث خير الورثة بين الإجارة وبين أن يقطعوا للموصى له بثلث التركة كما تقدم. وعلى هذا اختلف الحكم في الوصية

---

(١) المدونة جـ١٥، ص٦١.



بمرتب من المال؛ إذ يكون للموصى له الثلث إن كانت الوصية مؤبدة وإلا قدر المرتب على حسب ما قدمنا فإن زاد المقدار على الثلث رد إلى الثلث.

رأي الشافعية:

أما الشافعية فلا يجوزون إلا الوصية بأول مرتب ويبطلونها فيما بعده ففي التحفة وأسنى المطالب[1] أنه إذا أوصى شخص لآخر بدينار كل شهر أو كل سنة أعطى الموصى له الشهر الأول أو السنة الأولى وبطلت الوصية فيها بعده لأنه لا يعرف مقدار الموصى به في المستقبل حتى يعلم أيخرج من الثلث أم لا.

وظاهر التعليل أن الحكم واحد إذا كانت الوصية دائمة كالوصية لجهات البر التي ليس لها أمد كأن يوصي بدينار كل شهر للفقراء - ويلاحظ أن الوصية هنا بمرتب من نفس المال لا من غلته. واستظهر الشرواني في حاشيته على التحفة أن الوصية تصح بما يكمل الثلث بعد المرتب الأول وخاصة في الوصية المؤبدة إذ يكون الثلث داخلا فيما أوصى به على وجه التحقيق، كما أنه يقتضي أن تكون الوصية صحيحة في الوصية في مدة محددة بما لا يزيد على الثلث وذلك للعلم بمقدار الموصى به في كل المدة ونفاذها فيما لا يتجاوز الثلث، ويكون رأي الشرواني في الجملة كرأي المالكية. ففي الوصية للأشخاص يوقف الثلث للموصى له ليستوفى منه كل شهر مرتبه حتى ينفد الثلث أو يموت الموصى له فيكون ما يبقى منه للورثة.

وقد جاء في شرح الروض[2]: ولو أوصى لزيد من أجر داره مثلا كل سنة بدينار ثم جعله من بعده لورثة زيد هذا أو للفقراء وكان الأجر كل سنة عشرة دنانير مثلا اعتبر من الثلث قدر التفاوت بين قيمة الدار مع اعتبار خروج الدينار من غلتها كل سنة وقيمتها سالمة من ذلك. واعتبار هذه الوصية من

(١) أسنى المطالب جـ٣، ص٥٩.

(٢) شرح الروض جـ٣، ص٥٩.



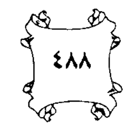
الثلث كاعتبــار الوصية بالمنافع مدة معلومــة من الثلث لبقاء بعض المنافع لمالك الرقبة - ثم إن خرجت الوصية من الثلث لا يجوز للوارث بيع شيء من الدار وترك مــا يحصل منهــا بعد الدينار لأن الأجــرة قد تنقص عن المرتب فــيكون الجميع للموصى له - وإن لم تخرج الوصــية من الثلث كان الزائد عليه تركة رقبة وأجرة.

وهذا الفرع كما يرى في المرتب من الغلة لا من المال وقد اختلف الحكم فيه عن ســابقه؛ ففي سابقــه تبطل الوصية فيمــا عدا المرتب الأول، وفي هذه الحال يقدر مــا أوصى به بالفرق بين قيــمة العين مع سلامة أجــرتها وقيمــتها منقوصة أجرتها هذا المرتب كما تقدر الوصــية بالمنفعة - ويظهر أن التفرقة في الحكم نتيــجة أن الوصيــة في الأولى وصية بعين المال وأنهــا في الثانية وصــية بغلتهــا وإن شئت قلت ببعض منافــعها. وفرق بين الإيصــاء بالعين والإيصاء بمنفعة العين. فالعين في الحال الثانية للورثة لم يؤخذ شيء منها للموصى له، بخلاف الحــال الأولى فإن الموصي له سيــعطى ببعض التركــة فروعي في هذه الحال ما يؤخذ منها وروعي في الحال الأخرى قيمة ما أوصى من منفعتها.

وخلاصة الآراء السابقة:

أن الحنفية يرون وقف المال كله إذا كــانت الوصية من المال وأجاز الورثة وإلا وقف الثلث فإن كــان الإيصاء من الثلث وقف الثلــث وإن كان من الربع وقف الربع وهكذا. ولا يعطى المال إذا كانت الوصية من غلته وإنما يعطى من غلته على ما مر وفي الوصية من المال إذا لم تف الغلة أكمل المرتب من المال.

وفي رواية عن أبي يوسف أنه إذا كان المال كثيــرا تقدر المدة الباقية من عمر الموصى له عند استحقاقــه وينظر كم يستحق على هذا الأساس فإن كان يخرج من الثلث أوقف ليأخذ منه مرتبــه أو من غلته حتى ينفد أو يموت، فإن بقي شيء رد إلى الورثة لأن الموصى له لا يملك إلا مــدة حيــاته وإذا نفد المال قبل مــوته لم ينقل لنا فــيه عن أبي يوسف رأي بناء على هذه الروايــة، فهل يكون العــمل برأيه حينئــذ مع الطرفين أو ينتهي بذلك اســتحقــاق الموصى له



والذي استظهره أن يكون العمل برأيه مع الطرفين كما أنه يعمل برأيه مع الطرفين إذا كان المال قليلا.

ويرى المالكية تقدير ما يستحقه الموصى له في المدة الباقية من حياته حين استحقاقه. وفي المدونة أن تقدير العمر يكون بحسب ما يرى الناس. والظاهر أن المراد بهم الخبراء من الأطباء، وهذا إذا كانت الوصية من المال. أما إذا كانت من الغلة فيقدر الموصى به كما تقدر المنفعة وقد بينا ذلك فيما مضى.

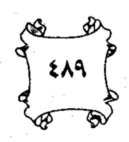
ويرى الشافعية أن الوصية بالمرتب الأول صحيحة وباطلة فيما عدا ذلك حسب ما نقل عن التحفة والروض - إن كانت بمرتب في المال فإن كانت بمرتب في الغلة قُوِّمَ الموصى به منها بالفرق بين قيمتي العين سالمة من الوصية وغير سالمة منها.

الوصية المؤبدة بالمرتب:

عند الشافعية لا فرق في الحكم فيما بينها وبين الوصية المؤقتة فهي صحيحة في المرتب الأول باطلة فيما بعده إن كانت وصية بمرتب من المال، أما إذا كانت بمرتب في الغلة فهي صحيحة إن خرج قيمة الموصى به من ثلث التركة فإن زاد على الثلث بطلت في الزائد إلا أن يجيزها الورثة على ما بيناه.

ويرى المالكية أن يوقف لها الثلث على ما بيناه ونقلناه عن المدونة فيما سبق إن كانت الوصية في المال وإن كانت في الغلة كان الحكم فيها كالوصية بالمنفعة.

أما الحنفية فالظاهر أنهم يرون أنها إذا كانت في الثلث كانت وقفا وإذا كانت في المال كان كله وقفا إذا أجاز الورثة وإلا كان الموقف الثلث - ذلك لأنهم يرون أن الوصية بالمرتب في المال أو في بعضه وصية بوقف ذلك المال والصرف منه على ما تقدم والوصية منه في الغلة كذلك وصية بوقف ما تكون منه الغلة التي جعل منها المرتب وليس يعود شيء من ذلك إلى الورثة لتأبيد الوصية. ويؤيد هذا الرأي ما جاء في كتاب الوقف من فتح القدير: فرع:



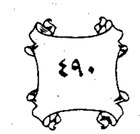
يثبت الوقف بالضرورة وصورته أن يوصي بغلة هذه الدار للمساكين أبدا أو لفلان وبعده للمساكين أبدا فإن هذه الدار تعتبر وقفا بالضرورة والوجه أنها كقوله: إذا مت فقد وقفت داري على كذا - وفي أحكام الأوقاف للخصاف: قلت ما تقول في رجل قال أوصيت بغلة أرضي هذه أبدا للمساكين والأرض تخرج من الثلث؟ قال: فذلك جائز وتكون الغلة للمساكين أبدا ما دامت الدنيا. قلت: فلمن ملك هذه الأرض إذا أوصى مالكها بأن غلتها للمساكين؟ قال: لا يكون لأحد من الناس وتكون موقوفة تجري غلتها للمساكين أبدا ما دامت الدنيا.

فإذا كان الإيصاء بغلة عين أبدا يترتب عليه وقف هذه العين لدوام الصرف فكذلك الحكم في الإيصاء بمرتب أبدا منها أو من غلتها إذا كان دائما إذ يترتب عليه منع العين عن الورثة أبدا مع بقائها عند الإيصاء من الغلة وذلك هو الوقف أما عند الإيصاء بالمرتب منها فقد تبقى إذا وفت الغلة بالمرتب وعندئذ تكون كالوقف وقد تنتهي إذا لم تف الغلة بالمرتب وكمل منها تباعا.

وبالنظر في خلاف المذاهب في هذا الموضوع يرى أنه خلاف لا يرجع إلى نص وإنما يرجع إلى اجتهاد في بيان الطريق التي تنفذ به إرادة الموصي في حدود ما استقر عندهم من شروط للوصية. وبناء على هذا أيجوز للورثة أن يخرجوا من مالهم مبلغا معينا من المال يعادل قيمة الوصية على حسب ما بيناه ويجعلوه في مصرف مثلا ليأخذ منه الموصى له وصيته كل شهر حتى ينفد أو يموت الموصى له فيكون للورثة الباقي؟

الظاهر أنه لا يرى في ذلك مانع؛ لأن الوصية إذ جازت ونفذت على أساس مبلغ معين مقدر كما بينا فيما سبق فليس يضير الموصى له أن يأخذ مرتبه من هذا المال أو من مال آخر، بينا يرى أن ذلك في منفعة الورثة؛ إذ يمكنهم من الاستيلاء على العين الموصي بغلتها أو بثمرتها.

وإذ قد بينا آراء الفقهاء ننتقل إلى ما شرعه القانون وأخذ به.



الوصية بمرتب في مدة معينة من رأس المال:

بينت المادة ٦٤ حكم الوصية بمرتب من رأس المال لمدة معينة سواء أكانت لشخص معين أم لجماعة معينين أو غير معينين محصورين أو غير محصورين أم لجهة من الجهات فجاء فيها: أنه يوقف من مال الموصي ما يتحقق به ضمان تنفيذ هذه الوصية على وجه لا يترتب عليه ضرر الورثة. وهذا ما يستوجب معرفة مقدار الوصية. ومقدار ما به يكون ضمان تنفيذها، وطريقة تعيين هذا المقدار من التركة على وضع لا يضر بالورثة.

أما مقدار الموصى به فطريق الوصول إليه يسير؛ ذلك لأن المدة محددة المقدار، والمرتب كذلك محدد فإذا ما ضرب المرتب في المدة نتج مقدار الموصى به. فإذا كانت الوصية بمرتب شهري مقداره خمسة جنيهات مدة عشر سنوات كان الموصى به ٦٠٠ جنيه وبما أنها وصية بمال من التركة وجب لنفاذها أن يجعلها ثلث التركة فإذا خرجت من الثلث نفذت بدون إجارة وإذا زادت عليه نفذت فيما يحمله الثلث منها وتوقفت في الزائد على إجازة الورثة، فإذا كان ثلث التركة في هذه الحال ٥٠٠ جنيه ولم يجز الورثة نفذت الوصية بخمسمائة جنيه فقط فلا يزيد مجموع المرتب في المدة على هذا المقدار فيعطى في كل شهر ٤ جنيهات وسدس جنيه. وعندئذ يوقف من التركة أو يخصص منها ما يكون به ضمان وفاء هذا المبلغ - وقد جاء في المادة أن الوفاء يكون من العين المخصصة ومن غلتها وذلك بأن يدفع المرتب ابتداء مما تغله العين فإن لم يف كمل من العين وذلك ببيع جزء منها يفي ثمنه بباقي المرتب - وإذا كان الوفاء من العين ومن غلتها فإنه يراعى في تخصيص العين ما تغله فضلا عن مراعاة قيمتها - وذلك ما يجوز أن تكون قيمة العين أقل من مجموع المرتبات المستحقة بالوصية. ولذلك جاء في المذكرة الإيضاحية عند شرحها لهذه المادة: أن مدة الوصية إذا كانت قصيرة بأن كانت عشر سنوات فأقل كما جاء ذلك بالمادة ٦٢ فإنه ينبغي أن تكون القيمة للعين مساوية لمجموع المرتبات التي تستحق في المدة المعينة لتكون ضمانا للوفاء منها إذا لم

تغل العين أو كانت غلتها دون المرتب - وهذا كما هو واضح من عبارة المذكرة ليس بالأمر الحتم بل إذا رأى خبراء المال أن عينا قيمتها أقل من مجموع المرتبات ولكن في غلتها ضمان للوفاء بها دون خوف جاز تخصيص هذه العين على الرغم من أن قيمتها أقل من المرتب في جميع المدة - أما إذا كانت المدة أكثر من عشر سنوات فإنه يكتفي أن يكون إيراد العين المختارة للوفاء كافيا لتنفيذ الوصية منه حسب رأي الخبراء وتقديرهم ولو كانت قيمتها أقل من المرتب في المدة. بل قد يكون ذلك واجبا لا يعدل عنه إذا كانت المدة طويلة وفي تخصيص عين من التركة قيمتها مساوية للمرتب في هذه المدة ضرر بالورثة. ويتحقق ذلك إذا كان مجموع المرتب فيها يستتبع تخصيص عين لها قيمتها وهي في الوقت نفسه ذات إيراد وافر يزيد كثيرا عن المرتب المستحق بحيث لا يظن أن يقصر عنه وكان في وقف هذه العين وافرة الإيراد ضرر بالورثة وبخاصة إذا كان لهم مصلحة خاصة فيها فعند ذلك يجوز تخصيص غيرها مما هو أقل قيمة. وذو إيراد يتسع للمرتب. أما احتمال تقصير الإيراد عن المرتب واللجوء إلى بيع جزء من العين في هذه الحال فهو احتمال ضعيف واه لا يؤبه له عادة - وهذا التفصيل وإن لم يرد في القانون إلا أن عبارة القانون ودلالتها لا تأباه ولا تنافيه.

ومع ذلك إذا مضت مدة تبين بعدها أن بعض العين المخصصة للوصية يكفي إيراد بعضها لتنفيذ الوصية إيرادا ورقبة في المدة الباقية دون خوف فللورثة عندئذ في الحالين السابقتين أن يطلبوا من القاضي استبعاد الزائد من العين إذا ظهر من رأي الخبراء عندئذ ما يقضي برد البعض إلى الورثة فإن القاضي يقضي بذلك. ومع ما تقدم فإنه يجب أن يراعي دائما أن قيمة العين التي تخصص للوصية سواء عند قصر مدتها أم عند طولها يجب أن يتسع لها ثلث التركة ولا تزيد عليه إلا بإجارة الورثة. فإذا لم يجيزوا لم يخصص إلا ما يحمله الثلث فقط. وليس يترتب على النقص في العين المخصصة نقص في المرتب إذ قد تبين أن مجموع ما أوصى به من المرتبات يحمله الثلث وأصبح واجب التنفيذ. وإذا كان واجب التنفيذ وإذا كان واجب التنفيذ

وجب أن ينفذ جميعه في العين وغلاتها وبما أن العين المخصصة تساوي ثلث التركة فإن التنفيذ لا يتعداها. ذلك لأن مجموع المرتبات لا يتعدى ذلك. وفي جميع الأحوال يأخذ الموصى له مرتبه في مواعيده على الوجه المبين في المادة الآتية ٦٨ حتى يستوفى مرتبه المعين أو قيمة ثلث التركة منه مع مراعاة ثلثها عند موت الموصي. وذلك إذا ظل حيا طيلة المدة المعينة فإن توفي قبلها انتهى استحقاقه ولا ينتقل إلى ورثته لأنه إنما يستحق إذا كان حيا ولو لم يستوف جميع الموصى له به وعندئذ يكون ما يبقي عينا وغلة للورثة. وكذلك ينتهي استحقاقه بنفاد العين المخصصة إذ إن حقه قد تعلق بها وحدها دون باقي أعيان التركة ولأن في تجاوزها تجاوز ثلث التركة. وذلك ما زادته المذكرة الإيضاحية. وهذه المادة في جملتها متسقة مع ما ذهب إليه أبو يوسف وما ذهب إليه المالكية في الجملة وإن اختلفت عن ذلك في بعض التفاصيل اختلافا دعت إليه مراعاة المصلحتين مصلحة الموصى له والورثة[1]، المادة ٦٤.

الوصية بمرتب من الغلة في مدة معينة:

بينت المادة ٦٥ حكم الوصية بمرتب من الغلة لمدة معينة سواء أكانت لشخص معين أم لجماعة معينين أم لموصوف محصور أم لجهة من الجهات، وسواء أكانت من غلة التركة جميعها أم من غلة عين من أعيانها.

كما إذا أوصى بعشرة جنيهات شهرية من غلة تركته أو من غلة أرضه الفلانية لخالد - أو لأولاد فلان وسماهم أو لم يسمهم أو لمسجد بلدته مدة عشر سنوات مثلا أو أكثر من ذلك. فذكرت أن الوصية تقدر بالفرق بين

---

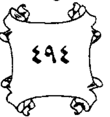
(١) م ٦٤ ونصها - تصح الوصية بالمرتبات من رأس المال لمدة معينة ويوقف من مال الموصي ما يضمن تنفيذ الوصية على وجه لا يضر بالورثة فإذا زاد ما أوقف لضمان تنفيذ الوصية على ثلث التركة ولم يجز الورثة الزيادة يوقف منه بقدر الثلث وتنفذ الوصية فيه وفي غلته إلى أن يستوفى الموصى له قيمة ثلث التركة حين الوفاة أو إلى أن تنتهي المدة أو يموت الموصى له.



القيمتين: قيمة التركة كلها أو العين الموصي بمرتب من غلتها غير محملة بهذه الوصية وخالية منها وقيمتهما محملتين بهذه الوصية في غلاتهما. وعندئذ يوازن بين هذا الفرق وثلث التركة عند الموت فإن خرج من الثلث نفذت الوصية. وكذلك إذا زاد عليه وأجازها الورثة - وإذا لم يجزها الورثة نفذ من الفرق بين القيمتين ما يسعه الثلث وكان هو مقدار الوصية النافذة عندئذ ينقص المرتب بنسبة الزائد فإذا كان الفرق بين القيمتين ١٢٠٠ جنيه والثلث ٩٠٠ جنيه فإن الوصية تنقص إلى الثلث ٩٠٠ جنيه فتنقص ٣٠٠ جنيه أي ربعها وعلى ذلك ينقص من المرتب ربعه. وعندئذ لا تتحمل التركة أو العين إلا مبلغ ٩٠٠ جنيه في مواقيته وما يبقى بعد ذلك يكون للورثة غلة ورقبة. وعلى ذلك يكون الزائد من المرتب وما يقابله من التركة أو العين للورثة - وإنما قدرت الوصية بالفرق بين القيمتين في هذه الحال ولم تقدر بما أوصى به فعلا في مجموع المدة المعينة كما سبق في المادة السابقة؟ ذلك لأن الوصية في المادة السابقة وصية بأموال من التركة كما قدمنا. أما هذه الوصية فهي وصية بجزء من منافع أعيان التركة كلها أو بعضها وقد سبق القول والخلاف في تقدير الوصية بالمنافع.

وقد أخذ القانون بما ذهب إليه الشافعية والشيعة الإمامية الجعفرية من أن المنفعة الموصى بها تقدر بالفرق بين القيمتين كما ذكرنا وحين ترد الوصية إلى الثلث لزيادتها عليه استتبع ذلك في أرجح الوجهين عندهم أن يدخل النقص على المنفعة - مع استمرارها طول المدة أي إدخال النقص على المرتب بالنسبة كما ذكرنا مع استمرار إعطائه منقوصا طيلة المدة، فإذا كانت الوصية بعشرة دنانير في كل سنة مدة عشرين عاما وكان ردها إلى الثلث يجعلها ستة دنانير كل سنة في هذه المدة صار المرتب النافذ هو ستة دنانير في كل المدة، أما الوجه الثاني فيدخل النقص على المدة المعينة دون المرتب.

وقد أخذ القانون برأيهم وبأرجح الأقوال عندهم فذكر أن الزائد من المرتب وما يقابله من التركة أو العين لورثة الموصي.



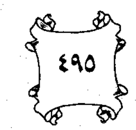
ثم ذكرت المذكرة الإيضاحية أنه عندما تكون الوصية بمرتب من غلة التركة توقف عين تفي غلتها بالمرتب الذي نفذت به الوصية. وإن كانت قيمتها أكثر من الثلث بناء على ما ذهب إليه الشافعية خلافا للحنفية الذين لا يرون وقف عين تزيد قيمتها على الثلث إلا بإجارة الورثة.

ووجه قول الشافعية أن حق الموصى له في الغلة. ولو أننا قصرنا العين الموقوفة على قيمة الثلث فلم يجز أن تزيد قيمتها عليه لضر ذلك بالموصي له إذا ما كان إيرادها في هذه الحال - حال قصرها على الثلث لا يغل المرتب. إذ لا يجوز في هذه الحال أن يباع شيء منها لإكماله؛ إذ لا وصية في العين وليس هناك إيراد متوفر يؤخذ منه باقي المرتب الموصى به.

وإذا كانت الوصية بمرتب من غلة عين معينة أوقف منها بقدر ما تفي غلته بالمرتب، أما إذا كانت غلتها مثل المرتب أو أقل منه فإنها توقف جميعها دون زيادة عليها، إذ ليس للموصى له حق في غلة ما سواها بناء على الوصية - ويكون للورثة الرأي في اختيار العين التي يفي إيرادها بالمرتب إذا لم تكن معينة فإن كانت معينة لم يكن لهم ذلك إلا إذا كان وقفها يضر بهم، ذلك لأن الأعيان لهم وليس للموصى له إلا الغلة وضمانها وذلك موفور له بأية عين يفي إيرادها بمرتبه. وينبغي أن يلاحظ أنه إذا رؤي أن إيراد العين الموصي بمرتب في غلتها أكثر من المرتب وأوقف منها جزء يفي إيراده بالمرتب ثم نقص إيراد هذا الجزء عن المرتب كان للموصى له أن يرجع في باقي إيراد العين لأن وصيته واجبة النفاذ لخروجها من الثلث وقد تعلقت بإيراد العين كلها، فإذا لم يوف مرتبه في أشهر أو سنة من إيراد الموقوف من العين رجع في إيراد باقيها. وهذا ما توجبه القواعد وليس في القانون ما يوجب العدول عنه.

وتنتهي الوصية في هذه الحال بانتهاء المدة أو بوفاة الموصى له أو زواله.

وما ذكرناه من بيان يتعلق بما يوقف من التركة لتنفيذ الوصية نقلا عن المذكرة الإيضاحية لم ينص عليه في المادة ٦٥ وإنما يؤخذ من المادة ٦٦ لأن الوصية بالمرتب في الغلة مدة الحياة في حكم الوصية به في مدة معينة إذ إن



مدى الحياة بعد أن تقدر كما يجيء في المادة ٦٦ تصبح مدة معينة إذ جاء فيها أنه يوقف من التركة ما يغل المرتب الموصى به.

وقد ذكرنا أن الوصية بمرتب في الغلة من قبيل الوصية بالمنفعة وأن القانون قد أخذ بمذهب الشافعية في طريقة تقويمها المبينة. وهي تخالف ما جرى عليه القانون في تقويم المنفعة الموصى بها على العموم في مادته ٦٢ السابقة الذكر وذلك ما يقضي التساؤل عن سبب عدوله عما جاء في تلك المادة من أن قيمتها فيما زاد على عشر سنوات تعتبر مساوية لقيمة العين وفيما دون ذلك تقوم المنفعة نفسها في المدة - وإذا كان له أن يعدل عما ذهب إليه في المادة ٦٢ بسبب أن الموصي قد قوم ما أوصى به من منفعة في كل مدة وذلك بالمرتب الذي ذكره فقد كان المفهوم أن يعدل إلى تقويمها بمجموع المرتب في المدة وذلك ما قومها به الموصي وما جعله معيارا لها أو بدلا عنها وهو إلى ذلك تقويم مضبوط في غني عن الخبراء وعن حدسهم م ٦٥[(١)].

الوصية بمرتب لمعين من رأس المال أو من الغلة:

إذا كانت الوصية بمرتب لمعين وهي مطلقة أم ذكر فيها لفظ الأبد أو مدة حياة الموصى له فقد تكون في رأس المال وقد تكون في غلة المال أو في غلة عين منه. وقد بينت المادة ٦٦ حكم ذلك، والوصية فيه هذه الحال تنتهي إلى أن تكون وصية بمرتب في مدة معينة - ذلك لما تقدم من أن الوصية المطلقة أو التي ذكر فيها لفظ الأبد إذا كانت لمعين كانت مدة حياته أو مدة وجوده. وبناء على ما يأتي من تقدير هذه المدة بواسطة الخبراء تصبح وصية في هذه المدة المعينة. فإن كانت في رأس المال فقد بين القانون حكمها في المادة ٦٤ وإن

---

(١) المادة ٦٥ ونصها: إذا كانت الوصية بمرتب من غلة التركة أو من غلة عين منها لمدة معينة تقوم التركة أو العين محملة بالمرتب الموصى به وغير محملة به ويكون الفرق بين القيمتين هو القدر الموصى به فإن خرج من ثلث المال نفذت الوصية وإن زاد عليه ولم يجز الورثة الزيادة نفذ منها بقدر الثلث وكان الزائد من المرتب وما يقابله من التركة أو العين لورثة الموصي.



كانت في الغلة فقد بين الحكم فيها في المادة ٦٥ وفي هذه المادة. وإذ كان الأمر كذلك فإنه يخصص من مال الموصي ما يضمن تنفيذ الوصية على وجه لا يضر بالورثة إذا كانت من رأس المال وذلك بعد معرفة مقدار الموصى به في المدة على ما بينا في شرح المادة ٦٤ ولا يوقف إلا ما يسعه ثلث التركة إذا زاد ما خصص للوصية على ثلثها ما لم يجز الورثة وتنفذ الوصية في غلته فإن لم تف بيع منه بقدر ما يكمل إن أبى الورثة إكماله وهكذا إلى أن يستوفي الموصى له حقه على ما بينا في شرح تلك المادة.

وإذا كانت الوصية في الغلة فبعد أن تقدر حياة الموصى له بواسطة الأطباء وأهل الخبرة على ما سبق في شرح المادة ٦٥ تقوم العين أو الأعيان التي أوصى بالمرتب من غلتها محملة بالوصية في المدة المقدرة ثم تقوم غير محملة والفرق بين القيمتين هو مقدار الموصى به. وعندئذ ينفذ بالوضع الذي شرحناه في الكلام على هذه المادة وهو أن يوقف من مال الموصي ما يعل الموصى به ولا تكون الوصية إلا في غلته على ما ذكرنا.

وإذا مات الموصى له أو انتهى وجوده قبل انتهاء الوصية تبعا لذلك لأن استحقاقه مشروط بحياته أو بقائه وكان ما بقي من الموقوف المخصص عينا وغلة أو عينا فقط على حسب الأحوال لورثة الموصي ميراثا عنه لأنه جزء من التركة قد خلا من الوصية - وإذا بقي الموصى له بعد انتهاء المدة انتهت الوصية بانتهائها وكان ما يبقى من العين وغلتها بعد ذلك لورثة الموصي وليس له حق الرجوع فيها بالرغم من أنه مازال حيا وأن استحقاقه منوط بحياته. ذلك لأن حقه بعد تقرير المدة أصبح مقيدا بها لا بحياته فإذا انتهت انتهى بذلك استحقاقه.

والعمل برأي الأطباء أو الخبراء معهود في الشرع في كثير من هذه المسائل. ذلك ما ذهب إليه ابن القاسم وبه أخذ القانون وذهب غيره كأشهب إلى إثبات حق الرجوع له لأنه حقه يكون له ما دام حيا فإذا ظل حيا ظل له حقه ولا يسقط بتقدير ظهر خطؤه وتبين أن الواقع خلافه وكيف يكون الظن



مسقطا لحق ثـابت قطعا. إلا أن القانون قد اختـار الرأي الآخر بغية اسـتقرار الحال بين الورثة والموصى له مـن أول الأمر قطعا للنزاع. وكـذلك ينتهي حق الموصى له بنفاذ المال الموقوف لتنفيذ الوصيـة لأن الحق متعلق به دون غيره فإذا نفد انتهت الوصية لزوال محلها[1].

وقـد استند القـانون في ذلك إلى رأي مـالك - رضي الله عنه - وهو التقدير بواسطة أهل الخبـرة فقد نقل عنه في مثل ذلك قوله: يعمر الشخص الذي أوصى له بالخدمـة مدة حياته فـيما يرى الناس فـينظر كم ذلك ثم تقوم خدمته تلك السنين[2].

الوصية بمرتب من رأس المال أو من الغلة للطبقات:

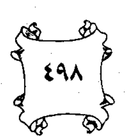
إذا كـانت الوصيـة بمرتب من رأس المال أو من الغلة لذرية شـخص أو نسله أو لموصـوف محصـور يتكون من طبقـات تتوالى في الوجـود فإن هذه الوصـية لا تصح إلا للمـوجود عند وفـاة الموصي من الطبقـتين الأولين من الموصى لهم سواء أرتب الموصي بين الطبـقات أم لم يرتب بأن قال: على زيد ثم على أولاده، أو قال: على أولاد زيد وأولاد أولاده - وإذا كـانت الوصية للموجودين عند موت الموصي فقط دون غيرهم ولو كان من الطبقة الأولى أو من الثانية فقد صارت وصية لمعين.

فإذا أوصى شخص بمـرتب شهري لخالد ثم من بعده لـوارثيه، أو لخالد وذريته صـرف لخالد في الحال الأولى هذا المرتب، فإذا توفى صـرف لمن كان

---

(١) نص المادة ٦٦: إذا كانت الوصـية لمعين بمرتب من رأس المال أو الغلة مطلقـة أو مؤبدة أو مدة حيـاة الموصى له يقدر الأطباء حياته ويوقف مـن مال الموصي ما يضمن تنفيـذ الوصية على الوجه المبين في المادة ٦٤ إن كانت الوصية بمرتب من رأس المال ويوقف ما يغل المرتب الموصى به على الوجـه المبين في المادة ٦٥ إن كانت الوصـية بمرتب من الغـلة - وإذا مات الموصى له قبل المدة التي قدرها الأطباء كان الباقي من الوصية لمن يستحقه من الورثة أو من الموصى له بعده - وإذا نفد المال الموقـوف لتنفيذ الوصية أو عـاش الموصى له أكثر من المدة التي قدرها الأطباء فليس له الرجوع على الورثة.

(٢) المدونة ١٥ ص ٤٨ وص ٦١.



موجـودا عند وفاة الموصي من ذريته دون من ولد بعـدها حتى إذا لم يكن له ذرية عند الوفاة فإن الوصية تنتهي بـوفاته ولا يستحق المرتب أحد ممن جد من ذريته. وفي الحال الثـانية يصرف المرتب لخالد وذريته مـدة وجودهم وإذا كان منهم عند مـوت الموصي حمل ثبت وجـوده عند الوفاة دخل فـيمن يسـتحق وقدر لعـمره ٦٠ سنة عند تقدير أعـمار المسـتحقين وذلك بناء على مـا ذكره متـأخرو الحنفية في الأعـمار، وبناء على ما تقـدم يتبع في تنفيذ الوصـية إن كانت في رأس المال ما جاء في المادة ٦٤ وإن كانت في الغلة ما جاء في المادة ٦٥ - مع تقـدير أعمـار الموجودين عند الوفـاة للوصول إلـى معـرفة مـقدار الموصى به على مـا بينا ومع مراعـاة اعتبـار مدة الوصـية بأطولهم عـمرا لأن الوصية لمجموعهم فهي مسـتمرة ما بقي أحد منهم لانطباق السنوات عليهم - وعلى هذا يعطى المرتب من غلة العين إن كانت الوصـية في الغلة أو من غلة العين ومنها إن كانت في المال فيـعطى كل منهم مرتبه إلى وفاته في أثناء المدة المقدرة على أن يسـتمر المـرتب للباقي منهم على حـسب ما تدل عليه عـبارة الوصية من اشـتراك في الاستحـقاق أو ترتيب فيه سـواء أكان ترتيب وفاة أم ترتيب اسـتحقـاق وإذا انتهت المـدة المقدرة أو انتـهت المدة إذا كانت مـحددة بعشرين سنة مثلا انتهت الوصية كـما تنتهي بانقراض المستحقين في أثناء المدة أو باستـيفائهم فيـمة ثلث التركـة إذا كانت في المال أو بفناء العين المخصـصة للاستيفاء على ما بينا سابقا.

ويلاحظ أنه إذا ظلت الطبـقـة الأولى مـستـحقـة إلى أن مـضى ثلاث وثلاثون سنة شمسية على استحقاقها من وقت وفاة الموصي بطلت الوصية في حق الطبقة الثانية إذا ما كان استحقاقها بعد استحقاق الطبقة الأولى لأن مضي هذه المدة مبطل لاستحقاق المعين ما أوصى له به من منفعة بناء على المادة ٦١ كما تقدم وهذا ما تقضي به المادة ٧٠[١].

(١) م ٧٠ ونصها: لا تصح الوصـية بالمرتبات من رأس المال أو من الغلة لغـير الموجودين من الطبقتين الأوليين من الموصى لهم وقت موت الموصي ويقدر الأطـباء حياة الموجودين وتنفذ الوصايا بمراعاة الأحكام المبينة في الوصايا لمدينين.

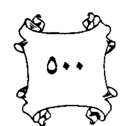
الوصية لجهة دائمة:

إذا كانت الوصية بمرتب لجهة لها صفة الدوام كالفقراء وكانت مطلقة أم مؤبدة فإنه يوقف من مال الموصي ما تضمن غلته تنفيذ الوصية بشرط ألا تزيد قيمته على ثلث التركة إلا إذا أجازت الورثة، وفي هذه الحال تعتبر وقفا على الجهة الموصى لها. وعلى هذا تكون غلة هذا الموقوف للجهة المستحقة زادت على المرتب أم نقصت عنه ولا رجوع على ورثة الموصي عند نقصها ولا حق لهم فيها عند زيادتها؟ واعتبار العين وقفا في هذه الحال نتيجة ضرورية لدوام صرف المرتب إذ لا يدوم صرفه إلا بوقف العين أبدا، وليس معنى الوقوف إلا هذا. وهذا أساس ما ذهب إليه الحنفية من اعتبار العين الموصى بغلتها للفقراء وقفا ضرورة أما إذا كانت الوصية لهذه الجهة الدائمة لمدة معينة فإنها حينئذ تكون إما وصية لمعين أو لموصوف محصور في تلك المدة، وعلى ذلك تطبق عليها أحكام المواد ٦٥ و ٦٦ و ٦٨ على حسب ما إذا كانت وصية في رأس المال أو وصية في الغلة مع ملاحظة تعيين الجهة الموقوف عليها أو عدم تعيينها[١].

نقص غلة المخصص للوصية عن المرتب أو زيادته:

إذا كانت الوصية بمرتب من رأس المال لمدة معينة أو كانت لمعين وهي مطلقة أو مدة حياته أو ذكر فيها لفظ الأبد ونقصت غلة العين المخصصة لتنفيذ الوصية عن المرتب المستحق طولب ورثة الموصي بتكميل المرتب؛ لأن الوصية كما قلنا وصية في المال واجبة التنفيذ فإن أجابوا وإلا باع القاضي من العين المخصصة ما يكمل المرتب - أما إذا زادت غلتها على المرتب فإن هذه الزيادة تكون لورثة الموصي لأن الغنم بالغرم.

(١) م ٦٨ ونصها: إذا كانت الوصية بالمرتبات لجهة لها صفة الدوام مطلقة أو مؤبدة يوقف من مال الموصي ما تضمن غلته تنفيذ الوصية ولا يوقف ما يزيد على الثلث إلا باجازة الورثة - وإذا أغل الموقوف أكثر من المرتب الموصى به استحقته الجهة الموصى لها وإذا نقصت الغلة عن المرتب فليس لها الرجوع على ورثة الموصي.

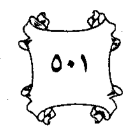


وإن كانت الوصـية بمرتب في الغلة لمـدة معينة أو لمعين وهي مـطلقة أم مدة حـياته أو ذكر فـيها لفظ الأبد فـإن استيفـاء المرتب لا يكون إلا من غلة العين المخصصة للتنفيذ، فإذا نقصت الغلة في عام من الأعوام عن المرتب فلا يرجع بهذا النقص على ورثـة الموصي لتعلق حقه بـغلة هذه العين التي وقفت لأجل حقه، كما لا يكون له حق في طلب بيع جـزء من العين لإكماله حقه؛ إذ لا حق له في ذات العين وإنما حقه في غلتـها، ولكنه ينتظر حتى إذا أغلت العين في سنة أخـرى زيادة عن المـرتب أخذ مـنهـا ما نقـص له في السنوات الماضـية بحـيث لا يرجع شيء من الغلة إلى ورثة الموصي إلا بعـد استـيفـاء الموصي، له جمـيع ما أوصى له به من مرتـب في كل المدة ومازاد على ذلك فهـو لورثة الموصي وعلى ذلك فـلا تعطى لهم زيادة إلا عند انتـهاء الوصـية وتوقف كل زيادة عـسى أن تنقص الغـلات في عام فـيكمل منهـا النقص - وهذا إذا لم يوجد مـا يدل على أن حق الموصى له مقـصور في كل سنة على غلتها. أما إذا وجد مـا يدل على ذلك كأن يقول الموصي: أوصيت لفلان كل سنة بعـشرين جنيـها تؤخـذ من غلة هذه العين في كل سنة بحيـث لا يؤخذ مرتب سنة من غـلة سنة أخرى فإن زيادة الغلة في هـذه الحال في أية سنة لا تحبس بل تعطى لورثة الموصي(١).

استبدال العين التي تخصص للاستيفاء بمبلغ من النقود:

جاء في المذكرة الإيضاحية شرحا للمادة ٦٩ أنه في جميع الأحوال المبينة في المواد ٦٥، ٦٦، ٦٧ يجوز لورثة الموصـي أن يطلبو الاستـيلاء على العين التي خصصت لاستيفاء المرتب من غلتها على أن يودعوا نقدا جملة ما أوصى

(١) م ٦٧ - إذا لم تف غلة الوقوف من التركة لتنفـيذ الوصية بمرتب من رأس المال بيع منه ما يفي بالمرتب وإذا زادت الغلة عن المرتب ردت الزيادة إلى ورثة المـوصي - ويوقف ما يزيد من الغلة عن المرتب الموصى به في الغلة حتى تنتهي مدة الانتفاع، فإذا لم يغل الموقوف من التركة مـا يكفي لتنفيذ الوصيـة في إحدى السنوات استوفى الموصى له مـا نقصه من الغلة الرائدة - فإذا كانت الوصيـة تنص على أن الرتب يستوفى سنة فسنة أو قـامت قرينة على ذلك ردت الزيادة السنوية لورثة الموصي.



به من المرتبات في مصرف أو أية جهة يختارها الموصى له أو يعينها القاضي عند النزاع. ويخصص ذلك لتنفذ منه الوصية - كما يجوز لهم عند قيامهم بذلك أن يتصرفوا في تلك العين وبذلك ينتقل حق الموصى له إلى ذلك المبلغ المودع يأخذ منه مرتبه كل شهر أو كل سنة حسبما أوصى له - ولا يكون له بعد ذلك حق على التركة فإذا هلك المال المودع لا إلى بدل لسبب من الأسباب لم يكن للموصى له أن يرجع بشيء على الورثة. وحق الموصى له في هذا المال متعلق بذاته ليستوفى منه مرتبه عند استحقاقه وعلى ذلك فليس له ملك فيه ولا في نمائه إذا نما في حالة من الحالات. وإنما يكون النماء للورثة كما يكون الباقي منه لهم إذا ما انتهت الوصية قبل نفاده بسبب وفاة الموصى له قبل نهاية المدة المحددة للاستحقاق.

وقد علمت أن الوصية بالمرتب قد تكون في المال وقد تكون في الغلة وأنها إذا كانت في المال كانت وصية بمال مقدر بما يساوي حاصل ضرب المرتب في المدة وأنها عند عدم الإجارة تنفذ فيما يسعه الثلث من ذلك، وأن المدة قد تكون معينة من الموصي كعشرين سنة وقد تعين بواسطة الخبراء إذا ما كانت الوصية مدى الحياة، وعلى هذا يكون مقدار المبلغ الذي يودعه الورثة هو ما يساوي ما أوصى به في المدة كلها وإن زاد على الثلث عند إجارة الورثة أو ما يسعه الثلث من ذلك عند عدم إجازتهم.

أما إذا كانت في الغلة فقد علمت أنها وصية بمنفعة وأن القانون لم يعتبر تقديرها بمعرفة الموصي بل قدرها بالفرق بين القيمتين قيمة العين التي أوصى بالمرتب من غلتها غير محملة بالوصية في المدة المعينة أو التي عينت وقيمتها في تلك المدة محملة بهذه الوصية وعندئذ تنفذ الوصية بالفرق بين القيمتين إن وسعه الثلث لا يزيد عليه إلا بإجازة الورثة. وعلى هذا يكون ما يودعه الورثة مساويا لذلك لا مساويا لحاصل ضرب المدة في المرتب كما هو الحكم عند الوصية بالمرتب في رأس المال - والفرق بين الحالين أن تلك وصية بمال وهذه وصية بمنفعة، وعبارة القانون يجب حملها على ذلك إذ لا يقبل أن يودع الورثة غير ما يستحقه الموصى له بالوصية على حسب ما يقضي به القانون.

وعبارة المادة تحتمل هذا المعنى فهذا نصها: م ٦٩ - في الأحوال المبينة في المواد من ٦٤ إلى ٦٧ يجوز لورثة الموصي الاستيلاء على الموقوف لتنفيذ الوصية بالمرتب أو التصرف فيه بشرط أن يودعوا في جهة يرضاها الموصى له أو يعينها القاضي جميع المرتبات نقدا ويخصص المبلغ المودع لتنفيذ الوصية فإذا مات الموصى له قبل نفاذ المبلغ المودع رد الباقي لورثة الموصي.

ويزول كل حق للموصى له في التركة بالإيداع والتخصيص.

هذا، والمراد بجميع المرتبات - المرتبات المستحقة إذ لا حق للموصى له في غيرها.

حكم ما يحدثه الموصي في الموصى به من زيادة:

جاء في المادة ١٩ من القانون أن إزالة بناء العين الموصى بها لا يعتبر رجوعا عن الوصية كما لا يعتبر رجوعا أيضا كل فعل يزيل اسم الموصى به أو يغير معظم صفاته. ومثل ذلك في الحكم كل فعل يوجب زيادة في الموصى به لا يمكن تسليمه إلا بها. وهذا كله إذا لم تدل قرينة أو عرف على أن الموصي قد أراد بذلك الرجوع عن وصيته وإلا عد ذلك رجوعا منه، وقد تقدم شرح هذه المادة في مبطلات الوصية.

وقد بين القانون أحكام الزيادة في المواد من ٧١ إلى ٧٥ وقد استمدها من مذهب مالك إذ أخذ ببعض الآراء فيه وترك بعضها الآخر استجابة لما رآه محققا للمصلحة ومتسقا مع عرف الناس.

وقد اشتملت هذه المواد على الأحكام الآتية:

أولا - إن زيادة العين الموصى بها تتبعها فتصير موصى بها تبعا لها في الأحوال الآتية:

(أ) إذا غير معالم العين الموصى بها كأن زاد في حجراتها بقسمة حجرة إلى حجرتين مثلا. أو فتح فيها أبوابا ونوافذ أو قسمها إلى مساكن مستقلة بإقامة جدر جديدة. وكذلك إذا جصصها أو بيضها أودهن أبوابها وأخشابها

أو أحدث زخرفة في جدرها فكل ذلك لا يغير من الإيصاء بها وكانت العين بما صارت إليه من حالة جديدة موصى بها لأن هذه الزيادة أو هذه التغييرات تعد تحسينا وصيانة وقصد الزيادة في الانتفاع فتكون تابعة لها محمولة عليها وكأن العين لم ينلها تغيير ولا زيادة. ومثل ذلك في الحكم كل زيادة لا يستطاع فصلها أو يتعذر أو إذا فصلت لم يكن لها أية قيمة بعد فصلها. كشق المراوي والمصارف في أرض زراعية وإن ترتب على ذلك زيادة قيمة العين م ٧١[١].

(ب) أن يزيد الموصي زيادة مستقلة بنفسها ولكنها مما يتسامح فيه عادة كبناء جراج في فناء المنزل أو غرفة صغيرة على سطحه أو غرس أشجارا قليلة في حديقته أو تركيب أسلاك للكهرباء أو أنابيب للمياه م ٧٤[٢].

(جـ) أن يزيد الموصي زيادة تصحبها قرينة تدل على أن الموصي قد أراد إلحاقها بالوصية كما إذا هدم بناء الدار الموصى بها ثم جدده على وضعه ولو مع تغيير معالمه كأن كان دارا مكونة من طبقتين فأعادها كذلك ولم يزد في مساحة البناء ولو كانت مواد البناء مختلفة بأن كانت بالآجر فبناها بالحجر أو بالعكس أو كانت بالحجر فبناها بالمسلح لأن مثل ذلك يعد عرفا إعادة لما هدم وتجديدا له ففي هذه الحال وأمثالها يكون البناء المعاد موصى به بالوصية السابقة وكأن الموصي قد أوصى به أو لم يحدث في العين الموصى بها تغيير، م ٧٢[٣]. أما إذا أعاد بناءها على وضع لا يعده العرف تجديدا كأن كان

---

(١) م ٧١ ونصها - إذا غير الموصي معالم العين الموصى بها أو زاد في عمارتها شيئا مما لا يستقل بنفسه كالمرمة والتجصيص كانت العين كلها وصية - وإن كانت الزيادة مما لا يستقل بنفسه كالغراس والبناء شارك الورثة الموصى له في كل العين بقيمة الزيادة قائمة.

(٢) م ٧٤ ونصها - استثناء من أحكام المواد ٧١ فقرة ثانية و ٧٢ فقرة ثانية، ٧٣ إذا كان ما دفعه الموصي أو زاده في العين يتسامح في مثله عادة ألحقت الزيادة بالوصية، وكذلك تلحق الزيادة التي لا يتسامح فيها إذا وجد ما يدل على أن الموصي قد قصد إلحاقها بها.

(٣) مادة ٧٢ - إذا هدم الموصي العين الموصى بها وأعاد بناءها على حالتها الأولى ولو مع تغيير معالمها كانت العين بحالتها الجديدة وصية - وإن أعاد البناء على وجه آخر اشترك الورثة بقيمته مع الموصى له في جميع العين.

الموصى به منزلا فهدمه وبنى على الأرض عمارة مثلا أو مصنعا فإن المبنى في هذه الحال يعد مشتركا بين الموصى له وورثة الموصي للورثة فيه بقدر قيمة البناء المستحدث لأنه هو الأمر الزائد على الموصى به والباقي للموصى له م ٧٢.

هذا، وإذا كانت الزيادة مما يستقل بنفسه وأمكن تسلم الموصى به بدونها وكان لها قيمة بعد فصلها فإن الزيادة تسلم للورثة ويسلم الموصى به للموصى له، أما إذا لم يكن تسليم الموصى به بدونها كالغراس والبناء فإن العين تصير مشتركة بين الموصى له والورثة للورثة فيه قيمة الزيادة لأنها الحادثة م ٧١ وإلى هذا ذهب ابن القاسم كما في المنتقى خلافا لما ذهب إليه إصبغ من أن كل زيادة يحدثها الموصي في العين الموصى به سواء أكان لها قيمة بعد فصلها أم لا تستوجب الشركة بين الورثة والموصى له بقدر قيمتها[1].

وإذا هدم الموصي الدار الموصى بها ثم بناها لم يكن إقدامه على ذلك رجوعا بناء على المادة ١٩ وكان النقض له وللورثة من بعده لأن نقضه من مكان يعد رجوعا عن الإيصاء به.

ثم ينظر بعد ذلك في تجديدها فإن أقام البناء على وضع البناء الأول وهيئته كانت العين ببنائها الجديد موصى بها كما تقدم وإلا كانت شركة بين الورثة والموصى له للورثة فيها قيمة البناء كما تقدم آنفا م ٧٢.

أما إذا هدم البناء وأضاف الأرض إلى أرض أخرى مملوكة له وبنى عليها بناء واحدا فإن المبنى يكون شركة بين الورثة والموصى له للموصى له في ذلك قيمة أرضه م ٧٣[2].

---

(١) انظر منح الجليل جـ٤ ص ٦٥٣.

(٢) مادة ٧٣ ونصها - إذا هدم الموصي العين الموصى بها وضم الأرض إلى أرض مملوكة له وبنى فيها اشترك الموصى له مع الورثة في جميع الأرض والبناء بقيمة أرضه.

وإذا جعل الموصي من بناء العين الموصى بها ومن بناء عين مملوكة له مبنى واحدا متحد المرافق بحيث لا يمكن تسليم الموصي به منفردا عما أضيف إليه فإن الموصى له يشترك مع الورثة فيما استحدث بقدر قيمة وصيته م ٧٥[1].

ومن ذلك يرى أن بناء الموصي وغراسه في الأرض الموصى بها، وكذلك إقدامه على هدم ما فيها من بناء لا يعد اعتداء منه لأنه إنما يتصرف في ملك خالص له لم يتعلق به حق أحد بعد - ولذا فإنه إذا وقعت الشركة بسبب بناء أو غراس كانت على أساس قيامه وبقائه.

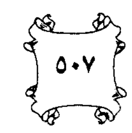
(١) مادة ٧٥ ونصها - إذا جعل الموصي من بناء العين الموصى بها ومن بناء عين مملوكة له وحدة لا يمكن معها تسلم الموصى به منفردا اشترك الموصى له مع الورثة بقدر قيمة وصيته.

الوصية الواجبة

ذكرنا فيما مضى عند كلامنا على حكم الوصية اختلاف الفقهاء في وجوب الوصية على كل من يترك مالا. وأنها عند الجمهور مندوب إليها وليست واجبة إلا على من عليه حقوق بغير بينة أو لديه أمانة بغير إشهاد. وأن من الفقهاء من ذهب إلى أنها واجبة بجزء من المال. وأكثر القائلين بالوجوب على أنها واجبة للأقربين. وقد اختلف هؤلاء فيما بينهم: فمنهم من يرى أنها واجبة للأقربين وارثين وغير وارثين. ومنهم من قال إنما تجب لغير الوارثين فقط من قرابته ومن هؤلاء أبو بكر بن عبد العزيز وداود الظاهري. وروي عن مسروق وطاوس وقتادة وإياس وابن جرير وهو قول ابن حزم فقد ذهب إلى أنها فرض على كل مسلم لقرابته غير الوارثين فإن لم يوص لهم أعطوا ولابد ما رآه الورثة أو الوصي عليهم، ومن أوصى لثلاثة من الأقربين غير الوارثين فقد أتى بالواجب، وهو كذلك قول طائفة من السلف وعن طاوس من أوصى لقوم وترك ذوي قرابته محتاجين انتزعت الوصية منهم وردت على ذوي قرابته. وعن الحسن إنما يرد على قرابته ثلثا الثلث وبه قال سعيد بن المسيب وعبد الملك بن يعلى كما ذكرنا فيما مضى استدلال القائلين بالوجوب بقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ ...(١٨٠)﴾ [البقرة] الآية وذهاب الجمهور إلى أنها منسوخة وما استدلوا به على نسخها وما ردت به هذا الاستدلال.

وأشرنا إلى أن القول بنسخ هذه الآية أو بنسخ بعض أحكامها دون بعض غير سليم وإن كان قول الجمهور أنها منسوخة للوارث وغير الوارث.

وإن كثيرا من الفقهاء يرى أن نسخها في الوارث فقط دون غير الوارث وإلى هذا مال القانون فاختار أنها واجبة لغير الوارث وليست واجبة للوارث. وذلك رأي لجمع من فقهاء التابعين ولبعض من جاء بعدهم من أئمة الفقه والحديث ومن هؤلاء أحمد في رواية عنه والطبري وإسحق بن راهويه، وداود بن علي، ورأي طائفة من فقهاء الإباضية ورأي آخرين من غيرهم.



والذين ذهبوا إلى ذلك اختلفوا فيما بينهم ذهبت طائفة منهم إلى أن الشخص إذا توفي دون أن يوصي لأحد من أقاربه فقد عصى ربه ولا يترتب على ذلك وجوب حق لأقاربه في تركته. وذهب فريق إلى أنه إذا توفي ولم يوص لأحد منهم بعد أن أوجب الله لهم حقا في ماله كتبه عليه وأمره أن يوصي به وأن يخرجه من تركته إليه بالوصية كان ظالما ووجب إخراج حقهم من ميراث ورثته. وإلى هذا ذهب ابن حزم كما قدمنا وهو مقتضى مذبه من يرى أن يرد إلى قرابة المتوفى كل وصيته أو بعضها إذا توفي وقد أوصى لغيرهم دونهم فإن ذلك يستلزم إيجاب حق مقرر لهم في ماله من غير إيصاء به لهم وهؤلاء قد اختلفوا أيضا فمنهم من ذهب إلى أن الذي يرد إلى الأقرب جميع ما أوصى به وهو قول لأحمد ذكره ابن مفلح الحنبلي في كتابه الفروع[1] وفي رواية أخرى عنه يرد للقريب ثلثها ويبقى للموصى له ثلثاها.

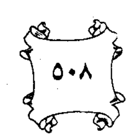
ومنهم من ذهب إلى أن ثلثي التركة لذوي القرابة وثلثه للموصى له: ففي أحكام القرآن للجصاص: وروي عن الحسن وجابر بن زيد وعبد الملك بن يعلى في الرجل يوصي لغير ذي قرابة وله ذوو قرابة ممن لا يرثه أن ثلثي الثلث لذوي قرابته وثلث الثلث لمن أوصى له. وقال طاوس: ترد الوصية كلها إلى ذوي القرابة، وقال الضحاك: لا وصية لغير ذي قرابة إذا كان للموصي ذو قرابة[2] وقد أشرنا إلى بعض هذه الآراء فيما سبق.

ونرى بعد هذا البيان أن نعرض للوصية الواجبة في قانون الوصية ٧١ سنة ١٩٤٦ وأن نبين أحكامها فيه ومآخذها وما نرى في ذلك من نقد.

بين القانون أحكام الوصية الواجبة في الفصل السادس من الباب الثاني في المواد ٧٦، ٧٧، ٧٨، ٧٩. وقد تضمنت المادة ٧٦ أنه إذا توفي شخص عن ذرية لولد له قد مات قبله في حياته أو مات معه. ولو كانت وفاته بطريق الحكم كما إذا كان ذلك الولد مفقودا فحكم بموته لفقده. فإن القانون يوجب

(١) الفروع لابن مفلح جـ٢ ص ٨٩٢.

(٢) أحكام القرآن للجصاص جـ١ ص ١٦٣، ١٦٥.



لهؤلاء الذرية على جدهم الذي توفي وصية واجبة بمثل ما كان يستحقه ولده المتوفى قبله من تركته لو أنه بقي حيا إلى ما بعد وفاة والده بالشروط الآتية:

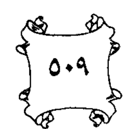
أولا: أن تكون هذه الذرية من الطبقة الثانية للمتوفى سواء أكانت أولاد ابن أم أولاد بنت أو من أية طبقة من أولاد الظهور من ذرية المتوفى وهم من لم يكن في طريقهم إلى الميت أنثى - وسواء أكان المتوفى جدا أم جدة لهؤلاء الذرية. وعلى ذلك تكون الوصية واجبة للطبقة الأولى فقط من أولاد البنات ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا، م٧٦.

ثانيا: ألا يكون المتوفى «صاحب التركة» قد أوصى لمن يستحق هذه الوصية الواجبة من هؤلاء بمثل ما كان يستحقه أصله من تركة المتوفى لو أن ذلك الأصل قد بقي حيا إلى ما بعد وفاته وألا يكون قد أعطاه كذلك من طريق تصرف آخر بغير عوض مقدار هذا الميراث، فإن كان قد أعطاه بذلك الطريق أقل مما يستحقه من هذه التركة بهذه الوصية وجبت له وصية بقدر ما يكمل له استحقاقه منها، م ٧٦، ٧٧.

ثالثا: ألا يكون ذلك الفرع المستحق للوصية الواجبة وارثا من تركة المتوفى فإن ورث منها شيئا ما لم تجب له هذه الوصية ولو كان ميراثه أقل مما كان يرثه أصله منها، م ٧٦.

رابعا: أن تكون هذه الوصية في حدود ثلث تركة المتوفى لا تزيد عليه فإن زاد نصيب أصل هذا الفرع على ثلث التركة كانت هذه الوصية لهذا الفرع بقدر الثلث فقط، م ٧٦.

خامسا: أن يقسم مقدار الوصية الواجبة على ذرية ولد المتوفى الذي توفي في حياة أبيه وهم من وجبت لهم أو لفروعهم الوصية الواجبة قسمة الميراث على افتراض أن هذا الولد قد بقي حيا إلى ما بعد وفاة والده ثم توفي عن مقدار ما استحقه من تركة والده.



وأن وفاة من توفي من ذريته - إن كان له ذرية قد توفوا - وقعت مرتبة في الوجود على وفق ترتيب طبقاتهم، ومع ملاحظة أن كل أصل يحجب فرعه دون فرع غيره م ٧٦[١].

ومعنى ذلك أننا نفترض أن وفاة كل من توفي من هؤلاء الذرية الذين وجبت لهم الوصية إنما توفي بعد وفاة أصله المباشر وعن جميع أولاده الموجودين وأولاده الذين توفوا عن ذرية موجودة وهكذا. وعليه تكون الوصية بينهم على أساس إعطاء الذكر منهم مثل حظ الأنثيين وأن حظ كل فرد منهم إنما ينتقل إلى أولاده الذين استحقوا الوصية الواجبة مع مراعاة حجب الأصل لفرعه دون فرع غيره.

---

(١) نص المواد:

م ٧٦: إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذي مات في حياته أو مات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثا في تركته لو كان حيا عند موته وجب للفرع في التركة وصية بقدر هذا النصب في حدود الثلث بشرط أن يكون غير وارث وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخر قدر ما يجب له وإن كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله - وتكون هذه الوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره وأن يقسم نصيب كل أصل على فرعه وإن نزل قسمة الميراث كما لو كان أصله أو أصوله الذين يدلي بهم إلى الميت ماتوا بعده وكان موتهم كترتيب الطبقات.

م ٧٧: إذا أوصى الميت لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه كانت الزيادة وصية اختيارية وإن أوصى له بأقل من نصيبه وجب له ما يكمله - وإن أوصى لبعض من وجبت لهم الوصية دون البعض الآخر وجب لمن لم يوص له قدر نصيبه. - ويؤخذ نصيب من لم يوس له ويوفى نصيب من أوصى له بأقل مما وجب له من باقي الثلث فإن ضاق عن ذلك فمنه ومما هو مشغول بالوصية الاختيارية.

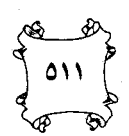
م ٧٨: الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا - فإذا لم يوص الميت لمن وجبت لهم الوصية وأوصى لغيرهم استحق كل من وجبت له الوصية قدر نصيبه من باقي ثلث التركة إن وفى وإلا فمنه ومما أوصى به لغيرهم.

م ٧٩: في جميع الأحوال المبينة في المادتين السابقتين يقسم ما يبقى من الوصية الاختيارية بين مستحقيها بالمحاصة مع مراعاة أحكام الوصية الاختيارية.

ونصت المادة ٧٧ على أنه إذا أوصى المتوفى لمن يستحق الـوصية الواجبة بأكثر مما يستحقه بها كانت الزيادة وصـية اختيارية لها حكم غيرها من الوصايا وإن أوصى لبـعض من يستحـق الوصية الواجـبة دون بعض طبـقت الأحكام المتقدمـة على من أوصى له وعلى من لم يوص له - فتكون زيادة من أوصى له على ما يسـتحقه من طريق الوصـية الواجبة وصـية اختيـارية له ويكمل ما نقصه إن نقص مـا أوصى به له. كما يعطى من لم يوص له ما يستـحقه من طريق الوصية الـواجبة على أن يكون مجمـوع ذلك في حدود الثلث لا يزيد عليـه ويؤخذ ما يـعطى تكملة أو وفاء لمن لم يوص له من ثـلث التركـة قبل الوصـايا الاختـيارية بحـيث يؤخذ منه أولا مـا هو غيـر مشـغول بالوصـايا الاختـيارية، فإن لم يـوف أخذ بما هو مشـغول بها منه ثم لا يـكون للوصايا الاختيارية إلا ما يبقى من الثلث بعد ذلك إن بقيت منه بقية، م ٧٨.

ونصت المادة ٧٩ على أن ما يبقى من الثلث بعد تنفـيذ الوصايا الواجبة فيه يقـسم بين الوصايا الاختيـارية بالمحاصة مع مراعـاة أحكام المزاحمة م ٧٩ وبناء على ما ذكـر إذا توفي زيد عن ابن بكر وكان له ولد يـدعى خالدا توفي في حياته عن ابن له يدعى سعيد وعن أمين «ابن ابن آخر توفي في حياة جده زيد» فإن الوصية الواجـبة تجب لسعيد ولأمين فيكون لهـما ثلث التركة إذ إن نصيب أصلهما خالد يزيد على الثلث ويكون الثـلث بين سعيد وأمين مناصفة أما باقي التركة وهو الثلثان فهو لبكر ابن المتوفى ميراثا.

ويلاحظ أنه إذا كان الولد المتوفى مفقـودا قد حكم بموته لفقده ثم ظهر حيا بعد أن أعطيب الوصية الواجبة لأولاده فإن هذه الوصية تبطل بظهوره حيا إذا ما فرضت في التركة بحكم القانون لظهـور أن والدهم كان على قيد الحياة ويكون الحكم كما لو خلت التركة من الوصية الواجـبة وظهر فيها وارث كان قد حكم بموته لفقده. والحكم في هذه الحال أنه يأخذ نصيبه مما بقي في أيدي



من آل إليهم نصيبه من التركة بسبب فقده فإن لم يف ذلك الباقي بنصيبه أخذ جميع ما بقى في يدهم من التركة بدون رجوع عليهم بالفرق(١).

وإذا أوصى المتوفى لمن تجب له الوصية بأكثر مما يستحق بها كانت الزيادة وصية اختيارية تجري عليها أحكام الوصية العامة من كل الوجوه لأن الواجب هو ما يساوي ميراثه من التركة على الوضع الذي بين لا ما زاد - وإذا أوصى له بأقل مما يستحق بها وجبت له وصية بما يكمل استحقاقه بنص القانون. وإذا أوصى لبعض من تجب له الوصية ولغيرهم دون بعض من تجنب له نظر إلى من أوصى له ومن لم يوص له ممن تجب له الوصية فيكمل للأول وصيته الواجبة إن كان ما أوصى له به أقل مما يستحق بها ويكون الزائد عليها وصية اختيارية إن أوصى له بأكثر مما يستحق بها ويكون للثاني وصية بقدر ما يستحق على الوضع السابق. ويؤخذ ذلك من باقي الثلث فإن لم يف أخذ مما هو مشغول بالوصية الاختيارية سواء في ذلك وصية من وجبت له الوصية ووصية غيره، لأنهما في الحكم سواء إذ كلاهما وصية اختيارية.

هذا ما أوجبه القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦.

مصادر ما أخذ به قانون الوصية في الوصية الواجبة من أحكام:

أولا: أوجب القانون الوصية لبعض غير الوارثين من ذرية المتوفى وهم من ذكرناهم آنفا. وقد أخذ في إيجابه الوصيّة لهم برأي جمع عظيم من الفقهاء منهم بعض أئمة الحديث كأحمد في رواية عنه والطبري وإسحق بن راهويه وداود وهو رأي لطائفة من الإباضية. إذ قالوا بأن الوصية للوارثين منسوخة وبقيت الوصية لغير الوارثين على حكمها وهو الوجوب كما أخذ في عدم إيجابها لمن عداهم ممن هو قريب غير وارث برأي الجمهور. ومبنى التفرقة بينهم قوة القرابة.

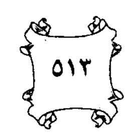
(١) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص ٣٦٣.

ثانيا: أوجب القانون إخراجها من التركة إذا لم يوص بها المتوفى وهو رأي ابن حزم من الظاهرية ويستلزمه رأي من ذهب من الفقهاء إلى وجوب رد وصية الموصي لأقاربه إذا لم يوص إليهم وأوصى لغيرهم فإنهم بذلك قد أوجبوا لمن ترد إليهم الوصية حقا في التركة من غير إيصاء لهم به. وسواء في ذلك أن يكون الموصي قد أوصى لغيرهم أو لم يوص لأحد. وقد ذكرنا ذلك.

ثالثا: أوجبها القانون لبعض الذرية على ما بينا عملا بآية الوصية فيهم في رأي من ذكرنا من الفقهاء آنفا ولم يجعلها لغيرهم من الأقارب. أخذا برأي من قالوا بنسخ وجوب الوصية مطلقا بالنسبة إليهم وإلى غيرهم. فسلك القانون في ذلك طريق التلفيق بين الرأيين الرأي القائل بوجوبها، والرأي القائل بعدم وجوبها لما ذكرنا.

رابعا: رتب القانون بين مستحقي الوصية الواجبة على ما بينا أخذا برأي أبي حنيفة وبعض فقهاء الإباضية إذ قدموا الأقرب فالأقرب وحجبوا الفرع بأصله. غير أن القانون أشرك من توفي أبوه في الوصية الواجبة مع أعمامه وعماته، وهذا مخالف لما ذهب إليه أبو حنيفة والإباضية ولكنه مستقيم على رأي من لا يرى الترتيب بين الأقارب فكان ذلك من باب التلفيق أيضا دعت إليه المصلحة ولا حرج في ذلك.

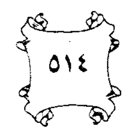
خامسا: جعل الوصية في حدود الثلث بشرط أن تتساوى مع ما كان يعطاه الأصل ميراثا لو بقي حيا؛ وهذا تطبيق لتفسير كلمة الخير الواردة في الآية. فإن خير الأقوال في تفسيرها أن يكون المراد بها العدل في مقدار الوصية لا وكس فيها ولا شطط، ومن العدالة ألا يأخذ الفرع أكثر مما كان يأخذ أصله لو بقي حيا. إذ المعروف بيننا اليوم الذي تشيع النصيحة فيه بين الناس فيمن يموت ابنه عن أولاد



في حيـاته أنه يجمل به أن يعطيهم مـا كان سيـصل إلى أبيهم لو بقي حيـا والناس يرجون منه ذلك ويحمدونه عليـه إذا فعل فكان ذلك هو العدل الذي لا وكس فيه ولا شطط والقـصد الذي تعرفه نفوسنا ولا تنكره. واقـتضى تفسـير الخيـر هذا التفسـير ألا تكون الوصية لمن أعطـاه المتوفى من ماله بغير عـوض من طريق تصرف آخر قدر ما يجب له وصية؛ إذ الظاهر أنه إنما أعطى ذلك تعويضا عمـا فاته بوفاة أصله من الميـراث فلا يجمـع له بين البدلين وهذا أيضا من المعـروف والعدل بين مـستحـقي التركـة. وإذا كان هذا الإعطاء قد سبق وفاة أصله اكتـفى به بدلا إذ قد أصابه من التركة ما يفي.

سادسا: قدم القـانون تنفيذ الوصية الواجبة في الثلث على الوصـية غير الواجبة وهذا يستند إلى قول كثير من العلماء كما ذكرنا ذلك فيما مضى، والنـتيجـة أن جمـيع أحكام الوصيـة الواجبة فـي القانون تستند إلى آراء لبعض الفـقهاء ولكنها مجتمـعة تمثل حكما لمسألة من المسائل ليس رأيا لأحـد من الفقهـاء فيها ولو كـان رأيا لأحد منهم لكان حسنا لا يجافي أصول التشريع الإسلامي، ويلاحظ أن القانون السوري رقم ٥٩ لسنـة ١٩٥٣ قد أخذ بكل هذه الأحكام ما عدا اسـتحقاق أولاد بنات المتوفى اللاتي تـوفين في حياته بناء على أنهم من ذوي الأرحـام وغير وارثـين من تركة المتـوفى. أما القانون المصري فلم يراع ذلك وراعى شـدة القرب وضعف البنت والعطف عليها وأضفى ذلك على أولادها.

غير أن تطبيق هذه الأحكام في بعض المسائل قد يترتب عليه ضرب من الشطط الذي لا تقبله النفوس إذ يترتب عليه في بعض المسائل أن فرع الوارث البعيد قد يأخذ من التركة بطريق الوصـية الواجبة أكثر مما يأخذه الأقرب منه إلى المتوفى مع استـوائهما في الصفة مـثال ذلك: إذا توفي شخص عن ابنين



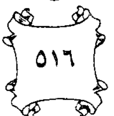
وبنت وعن بنت ابن آخر توفي في حال حياته وترك ٣٥٠ جنيها فإنه يكون لبنت الابن وصية واجبة بقدر ما كان يأخذه والدها لو بقي حيا ولو بقي حيا لكانت التركة بينه وبين أخويه وأخته فيكون له سهمان من سبعة أسهم بالتعصيب وإذن يكون هذا هو مقدار الوصية الواجبة لبنته وذلك ١٠٠ جنيه ويبقى بعدها للورثة ٢٥٠ جنيها بينهم أخماسا بالتعصيب لبنت المتوفي منها ٥٠ جنيها فقط فتكون النتيجة أن بنت ابن المتوفى تأخذ من التركة ضعف ما تأخذه بنت المتوفى وهي أقرب إلى المتوفى من ابنة ابنه وذلك ما تأباه النفوس ولا يستقيم مع العدالة ويتحقق هذا في كل مسألة يكون فيها نصيب الفرع المتوفى بطريق الميراث أكثر من أخته، وليس ينبغي أن يكون الميراث مع بعد القرابة أكثر منه مع قربها، كما أنه يلاحظ مع هذا أن من الورثة من لم تكن أنصباؤهم المفروضة لهم تتأثر لو أن الفرع الذي توفي في حياة والده بقي إلى ما بعد وفاته لأنه إذا ظل موجودا ورث معهم دون أن يتقدمهم بنصيبه فصاحب الفرض منهم يأخذ فرضه أولا من جميع المال والباقي يكون للعصبة من الفروع إن كانوا، ولكن إيجاب وصية في التركة بمثل نصيب الفرع المتوفى يستوجب إخراج الوصية أولا قبل سهام الورثة جميعا وما يبقى يكون للورثة بعد ذلك سواء أكانوا أصحاب فروض أم عصبات فالزوجة مثلا بعد أن كان فرضها في جميع ما تركه المتوفى سيكون فرضها ثمن الباقي بعد الوصية، وهذا أقل مما فرض لها قطعا وأقل ما يكون لو بقي المتوفى حيا إلى وقت وفاة أصله.

ولقد كان هذا النقد مصدر خطأ وقع فيه بعض المحاكم الشرعية؛ إذ لم يخرج الوصية قبل سهام الورثة بل جعلها معهم في درجة واحدة كفريضة من الفرائض، فأعطى أصحاب الفرائض من جميع المال اعتمادا على أن ذلك هو ما كان يجب عند وجود الفرع المتوفى في حياة أبيه فيجب أن يكون كذلك بعد وفاته وإحلال فرعه محله. ولكن هذا خطأ لأن الفرع المتوفى كان يأخذ ميراثا، وفرعه إنما يعطى وصية. وليس من الفقهاء من ذهب إلى عدم تقديم

الوصية عن المواريث في الثلث - ومن هذا يظهر أن تشريع الوصية الواجبة وإن انتفع به بعض فروع المتوفى تضرر منه بعض ورثته المباشرين عصبة أو أصحاب فروض. كذلك ذهب بعض الناقدين إلى أنه لا مبرر لحرمان الطبقة الثانية وما بعدها من ذرية بنات المتوفي، وحرمان ذرية الإناث من أولاد البنين - في حين أن الوصية الواجبة إنما وجبت صلة لهم بوصف أنهم أحفاد المتوفى حرموا من تركته ولو كانت أصولهم من المتوفى أحياء عند وفاته لوصلهم من تركته عن طريقهم. فلا ينبغي أن يكون نزول الموت بهم سببا في حرمانهم وقطع ذلك عنهم، وهو أمر عارض لا يبعدهم عن أصلهم ولا يقطعهم عنه ولا محل لإعطاء بعضهم على أساس أنه غير وارث ثم حرمان الآخرين وهم يشتركون معهم في هذه الصفة. كذلك قالوا إن من يعطى الوصية الواجبة بمقدار ما كان يستحقه أصله ميراثا عن المتوفى قد لا يناله من أصله ميراثا لو أن هذا الأصل ورث المتوفى فعلا ثم توفي بعد ذلك؛ فابن المتوفى مثلا لا يأخذ نصيب أبيه إذا مات عنه وعن زوجة له بينما يعطى نصيب أبيه جميعه وصية واجبة. ولا ينبغي أن يكون حظه حال عدم ميراث والده أكثر من حظه إذا ما ورث والده.

وقد دعت هذه الملاحظات من قام بوضع مشروع بتعديل بعض أحكام قانون الوصية - أن يضمن مشروع القانون المذكور نصوصا لا تجعل لهذه الملاحظات مجالا. فجعلت فيه الوصية الواجبة لأولاد أولاد المتوفى ذكورا وأناثا أي لأولاد الابن مهما نزل ولأولاد البنت مهما نزلت ذكورا وإناثا للذكر مثل حظ الأنثيين يحجب منهم كل أصل فرعه دون فرع غيره ويأخذ كل فرع نصيب أصله فقط. والخلاف بين هاتين الفكرتين مردهما إلى اختلاف النظر والوزن ولن يكون الرأي حجة على رأي آخر.

وكذلك نص فيه على أن الوصية لهؤلاء الأحفاد تكون بمقدار حصتهم مما يرثه أصلهم من المتوفى على فرض موت أصلهم هذا إثر وفاة ذلك المتوفى. ومقتضى ذلك أن ما كان يرثه أصل هؤلاء من أبيه يقسم على ورثته جميعا ليتبين مقدار نصيب كل ولد من أولاده أو من أحفاده وعندئذ لا يكون



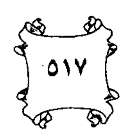
لكل ولد من هؤلاء من الوصية الواجبة ما كان يرثه من أصله مع باقي ورثته ويكون مجموع أنصبائهم مقدار الوصية الواجبة مع ملاحظة انتقال نصيب كل أصل إلى فرعه وأن يحجب كل أصل فرعه فقط دون فرع غيره.

وكذلك نص فيه على أنه في جميع الأحوال لا يجوز أن يتجاوز نصيب أحد من المستحقين لهذه الوصية الواجبة نصيبا لغيره من أهل طبقته أو من أهل طبقة أعلى من طبقته من فروع المتوفى فإن تجاوزه ردت الزيادة فيه إلى أصل التركة.

وبناء على ذلك فلا يكون محل للملاحظة الأولى لأن نصيب بنت الابن في المسألة التي ذكرناها ينزل إلى نصيب البنت وترد الزيادة فيه إلى التركة كما سقطت الملاحظة الأخيرة. أما الملاحظة الباقية وهي تأثر نصيب بعض الورثة من أصحاب الفروض بالوصية الواجبة وعدم تأثرهم في حال وجود من توفي، ولا ينبغي أن تكون حالهم مع فقده أسوأ من حالهم مع وجوده فلا تزال باقية وهي في نظري ملاحظة جديرة بالاعتبار. ولكن ليس في الإمكان تلافيها إذ الوصية بنص الكتاب يجب أن تخرج من التركة قبل الميراث ولا يمكن أن يكون ربع شيء كاملا أو ثلثه أو سدسه يتساوى مع هذه السهام إذا كانت بعد إخراج الوصية من التركة.

كيف يطبق القانون:

قد يقوم المتوفى في حياته بما أوجبه القانون فيوصى لمن يستحق وصية واجبة بما أوجبه له القانون كأن يكون لشخص ابن ابن توفي أبوه في حياته وأربعة أبناء آخرين فيوصى لحفيده - هذا بقدر - ما كان يستحقه أبوه ميراثا لو بقي حيا، ثم يموت عنهم جميعا. وقد لا يفعل ذلك فلا يوصى له بشيء ثم يموت عنهم جميعا فيكون لحفيده هذا عندئذ وصية واجبة بالقانون بقدر ما كان يستحقه أبوه ميرثا في التركة.

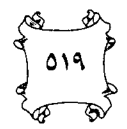


فإذا أوصى لفرع من توفي من أولاده في حياته بقدر ما كان يستحقه أصله أو بمثله لو بقي حيا إلى ما بعد وفاة الموصي فإن الوصية تنفذ في حدود الثلث لما قدمنا في ذلك من آثار، ولا تنفذ فيما زاد عليه إلا أن يجيزها الورثة. أما تعيين مقدار الموصى به فقد شرح الفقهاء طريقة الوصول في مسألة مماثلة من الوصايا: وهي أن يوصي إنسان لآخر بنصيب ابن له لو كان، أو بنصيب بنت له لو كانت: سواء أكان له في هذه الحال أولاد أو لم يكن له أولاد. ذلك لأن الإيصاء بنصيب ابن أو بنت افترض وجودهما مقتضاه أن يكون في التركة وصية تساوى في المقدار نصيب ابن آخر أو بنت أخرى يفترض وجودهما وارثين مع ورثة الموصي سواء أكان فيهم أولاد له أم لا. ووضع الموصى له في هذه المسألة هو وضع صاحب الوصية الواجبة. ذلك لأنه فرع لأصل توفي ذلك الأصل في حياة أبيه أو في حياة أمه وقد يكون هذا الأصل ابنا أو بنتا، وفي كلتا الحالين قد يكون لأبيه أولاد ذكور أو إناث وقد لا يكون له أولاد - وعلى أية حال فقد فرض القانون لذلك الفرع وصية في التركة تساوي في المقدار نصيب أصله ميراثا في هذه التركة لو ظل موجودا إلى ما بعد وفاة أبيه أو أمه.

وهذا هو معنى افتراض وجوده ضمن الورثة ابنا كان أم بنتا. وإنزال نصيبه إلى فرعه الموجود بطريق الوصية الواجبة بحيث لا يتجاوز ثلث التركة والباقي بعد نفاذ الوصية يقسم بين الورثة الموجودين فعلا بحسب فروضهم التي فرضها الله لهم. وهذا بعينه هو مثل الإيصاء بنصيب هذا الابن أو هذه البنت لو كانا وإن اختلف عنه من ناحية أن الأولى وصية واجبة في التركة سواء أوصى بها الموصي أم لا. وأن الثانية وصية اختيارية لا وجود لها إلا بالإيصاء. وإذا رجعنا إلى الحنفية في طريقة حلهم لهذه المسألة وجدنا أنهم ينهجون فيها نهجين مختلفين أشرنا إليهما عند كلامنا عن هذا النوع من الوصايا-: **أحدهما** يطابق ما تدل عليه عبارة الوصية ويسايره، **وثانيهما** ليس له هذا الوضع مع دلالة عبارتها، ولا يطابقها إلا بضرب من التأويل فيها كما سيتضح ذلك. فأما نهجهم الأول فقد نهجوه فيما يأتي من المسائل وأمثالها،

فقالوا: إذا أوصى شخص لآخر بنصيب ابن له لو كان قدرنا وجود الابن موجودا ونظرنا كما يكون مقدار ميراثه فيكون هو مقدار الموصى به في تركة الموصي. فإذا أوصى شخص لآخر بنصيب ابن له لو كان وله ابن واحد قدر أنه توفي عن ابنين فيكون لكل منهما النصف وعليه تكون الوصية بالنصف فتنفذ فيه عند إجازة الابن وتنزل إلى الثلث عند عدمها ويكون للابن ما يبقى عند ذلك وهو الثلثان. وإذا كان له ابنان كان للموصى له الثلث على هذا الحساب، وإذا كان له ثلاثة كان له الربع وإذا كان له ثلاث بنات كان للابن المفترض وجوده معهن خمسا التركة وهو مقدار الوصية فيكون للموصى له الخمسان عند الإجازة والثلث عند عدمها والباقي للبنات. والوضع في هذه المسائل هو الوضع في شخص توفي عن ابن وابن ابن آخر توفي في حياته، أو عن ابنين وعن ابن ابن ثالث توفي في حياته وعن ثلاثة أبناء وابن ابن رابع توفي حال حياته أو عن ثلاث بنات وبنت ابن توفي في حياته. فمقدار الوصية في المسائل الأولى هو مقدار الوصية الواجبة والباقي بعد نفاذها للورثة. وعلى هذا إذا توفي شخص عن أخ شقيق أو أخت شقيقة وبنت وبنت بنت توفيت في حياة أمها فإننا نفرض البنت المتوفاة موجودة وكأن المتوفى توفي عن أخ شقيق أو أخت شقيقة وبنتين فيكون للبنتين الثلثان والباقي للأخ أو للأخت تعصيبا. وعليه تكون المسألة من ثلاثة سهمان للبنتين لكل بنت سهم فيكون لبنت البنت وصية واجبة بمقدار الثلث وباقي التركة للورثة.

وإذا توفي عن أم وبنت بنت وأخت شقيقة وأخ لأم. فرضت وفاته عن: أم، وبنت وأخت شقيقة، وأخ لأم. فيكون للبنت النصف ثلاثة أسهم من ٦ وللأم السدس: سهم من ٦ والباقي للأخت تعصيبا وهو سهمان من ٦ ويحجب الأخ لأم بالبنت المفترض وجودها. وعلى ذلك يكون مقدار الوصية الواجبة ثلاثة أسهم من ٦ أي نصف التركة تنزل إلى الثلث عند عدم الإجازة وتنفذ في النصف عند إجازة الجميع بما فيها الأخ لأم. وما يبقى بعد الوصية الواجبة يقسم بين الورثة الحقيقيين للأم السدس لوجود جمع من الإخوة



وللأخت الشقيقة النصف وللأخ لأم السدس. وليس في حلهم لهذه المسائل وأمثالها نقد. ولكنهم حين عرضوا لمسائل تحوي أصحاب فروض وفروعا وأوصى فيها بنصيب وارث من الفروع لو كان يفرضوا هذا الوارث موجودا بين الورثة بل قسموا التركة بين الورثة الموجودين وحدها ثم أضافوا إلى سهامها سهاما للفرع المفترض وجوده مساوية في المقدار لسهام مثيلها، ولنصفها إن كان الفرع المفترض وجوده بنتا ومثيلها ابن، أو لضعفها إن كان الفرع المفترض وجوده ابنا ومثيله بنت. فقالوا: لو ترك أما وابنا وبنت بنت أوصى لها بنصيب بنت لو كانت وأريد معرفة مقدار الوصية أعطى للأم فرضها وهو السدس وكان الباقي للابن بالتعصيب فالمسألة من ٦ أسهم منها سهم للأم وخمسة أسهم للابن. ولو فرض معه بنت لكان لها نصف سهامه أي سهمان ونصف سهم فيضاف ذلك إلى أصل المسألة فتكون جملة سهامها ثمانية أسهم ونصف سهم ولتصحيحها تضرب في ٢ فتكون ١٧ سهما منها للأم سهمان وللابن ١٠ أسهم وللبنت المفترض وجودها خمسة أسهم هي مقدار الوصية لبنت البنت - أقول: وهذا حل لا يقوم على افتراض وجود البنت مع الورثة لأنها لو وجدت مع الورثة لكان الحل هكذا: للأم سدس التركة فرضا أي سهم من ستة أسهم وباقي الأسهم الستة وهو خمسة أسهم للابن والبنت أثلاثا، ولتصحيح المسألة تضرب في ٣ فتصير أسهمها ١٨ سهما للأم منها ثلاثة وللابن عشرة وللبنت خمسة أسهم هو مقدار الموصى به لبنت البنت يخرج أولا من التركة فيكون الباقي ١٣ سهما - للأم سدسه أي سهمان وسدس سهم والباقي للابن أي عشرة أسهم وخمسة أسداس سهم. والذي دعاهم إلى انتهاج الطريق السابق هو أنه يحقق إعطاء الأم سدس الباقي بعد الوصية وهو سهمان وذلك ما فرض لها من التركة، وللابن ضعف ما للبنت وهو عشرة أسهم - أما انتهاج الطريق الآخر الذي ذكرناه فلا يحقق ذلك إذ يكون للأم السدس ثلاثة عشر وهو أكثر من سهمين ويكون للابن أكثر من ضعف ما للبنت، وقد أشرنا إلى ذلك فيما مضى عند كلامنا على الوصية بمثل نصيب وارث وذكرنا ردنا عليه.

والنتيجة أن المقدار الموصى به على طريقة الفقهاء خمسة أسهم من ١٧ سهما وعلى ما ذكرنا خمسة أسهم من ١٨ سهما، والمقدار الثاني أقل من الأول لأن الخمسة من ١٧ أكبر من الخمسة من ١٨، وإذا لاحظنا أن ما كانت تأخذه البنت من التركة على فرض وجودها فعلا هو $\frac{٥}{١٨}$ وجدنا أن طريقة الفقهاء تعطى الموصى لها أكثر مما تستحق: إذا تعطيها $\frac{٥}{١٧}$ مع أن الوصية لها إنما صدرت بنصيب بنت لو كانت وهو $\frac{٥}{١٨}$ لا $\frac{٥}{١٧}$ وهذا الوضع عينه يكون كذلك فيما إذا توفي شخص عن أم وابن وبنت بنت لم يوص لها بشيء فوجبت لها وصية بقدر نصيب أمها. وكذلك قالوا فيمن ترك زوجة وابنا وابن ابن آخر أوصى له بنصيب ابن آخر لو كان وأجازت الورثة تعطى الزوجة الثمن فرضا أي سهما من ثمانية والسبعة الباقية للابن ولو فرض معه ابن آخر لكان له مثل سهامه أي ٧ أسهم فتضاف إلى الثمانية، فالجملة ١٥ سهما منها سبعة وصية ولو أننا فرضنا وجود الابن حقيقة لكانت الأسهم السبعة بعد فرض الزوجة بين الابنين مناصفة لكل ثلاثة أسهم ونصف سهم ولتصحيح المسألة تضرب في ٢ فالمسألة من ١٦ الوصية منها ٧ من ١٦ بينما نرى الوصية على طريقة الفقهاء السابقة ٧ من ١٥ وهو أكبر من ٧ من ١٦ أي أن ابن الابن أعطى أكثر مما كان يعطاه أبوه لو بقى حيا مع أنه أوصى له بنصيب أبيه فقط لو أنه كان حيا.

وهذا هو الوضع عينه فيما إذا توفي شخص عن زوجة وابن وابن ابن لم يوص له بشيء فوجبت له وصية بقدر نصيب أبيه، ويكفينا هذا القدر من المسائل العديدة التي لوحظ عليها ذلك. ولست أرى إلا أن هذا الحل الذي ذكره الفقهاء لا يتفق مع عبارة الموصي ولا يحقق معناها؛ ولهذا جاءت رواية الجامع على خلاف ذلك إذ تقضى في جميع المسائل بوجوب افتراض وجود الوارث الموصي بمثل نصيبه مع الورثة الآخرين وإضافة سهامه إلى سهام التركة كما ذكرنا ذلك فيما سبق. ولا يضر ذلك ألا يكون نصيب الابن الموجود ليس مساويا بالوصية ابن الابن لأنه إنما يستحق بالوصية نصيب أبيه لا نصيب

عمه. وعلى غير رواية الجامع أفتى مفتي الديار المصرية وكذلك لجنة الفتيا في الأزهر بناء على أن هذه الطريقة التي أفتوا بها هي مذهب الحنفية الواجب التطبيق. وقد غفلوا عن رواية الجامع التي نقلها قاضيخان في شرحه على الزيادات، ولم يلاحظوا أن هذه الطريقة هي نتيجة فهم لعبارة الموصي لا حكما شرعيا فلا تكون واجبة الاتباع لاختلاف الفهم باختلاف الأعراف والفاهمين.

والقانون إذ أوجب لفرع المتوفى في حياة والده وصية بقدر نصيب أصله إذا لم يوص له بمثل نصيبه فإن حكم هذه الوصية يجب أن يكون كحكم الوصية بنصيب وارث لو كان وذلك ما وضحناه. وبناء على ذلك إذا توفي شخص عن أم وابن وبنت بنت ولم يوص لبنت بنته بشيء كان لها مع ملاحظة توافر الشروط الماضية وصية واجبة بقدر نصيب أمها أي بنصيب بنت لو كانت. وكانت طريقة الفقهاء في الوصول إلى معرفة مقداره أن يقال: للأم السدس فرضا أي سهم من ستة أسهم وخمسة الأسهم الباقية للابن ولو وجد معه بنت لكان لها نصف سهامه أي سهمان ونصف فيضافان إلى الأسهم الستة وتكون الجملة ٥، ٨ وتضرب في ٢ للتصحيح فتكون الجملة ١٧ الأسهم منها للوصية خمسة أسهم تخرج أولا من مال المتوفى وباقي المال وهو ١٢ سهما من ١٧سهما انقسم إليها المال للأم سهمان وهو السدس وللابن عشرة أسهم وهو خمسة أسداس التركة بعد الوصية. هذه طريقة الفقهاء التي ذكرناها فيما سبق وبها أفتى مفتي الديار المصرية ولجنة الفتيا فجعلوا الوصية $\frac{٥}{١٧}$ من المال في حين أن نصيب البنت في هذه المسألة كما تقدم $\frac{٥}{١٨}$ من التركة وهو أقل من $\frac{٥}{١٧}$ من التركة فخالفوا الفقهاء من الحنفية والمحاكم مقيدة بالحكم بمذهبهم في غير ما ورد به قانون موضوعي.

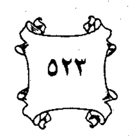
وإني أخالفهم في ذلك بناء على أن عبارة القانون صريحة في أن الوصية للفرع يجب أن تكون مساوية لما كان يأخذه أصله ميراثا وإذن فلا يجوز أن تزيد عليه بنص القانون، ولهذا لا يجوز تطبيق طريقة الفقهاء لمخالفتها للقانون كما أنه يمكن أن يقال إن مخالفة طريقة الفقهاء في الوصول إلى معرفة مقدار الوصية الواجبة ليست مخالفة لحكم شرعي بل مخالفة في

طريقة حسابية قد يخطئون فيها أو في فهم عبارة الموصي وكلام كل شخص يجب أن ينزل على عرفه وما اصطلح عليه الناس في زمنه. وعلى هذا فسيان في رأيي أن يوصي المتوفى بمثل نصيب ابنه الذي مات في حياته وأن يوصي بنصيب هذا الابن وألا يوصي بشيء. فلست أرى أن تختلف الطريقة في الوصول إلى معرفة مقدار الوصية في هذه الأحوال. بل الطريقة واحدة والمعنى واحد. وعلى ذلك يجب أن نعمد أولا إلى افتراض وجود الوارث المتوفى مع الورثة كأنه حي وقت وفاة المتوفى ثم نتبين مقدار إرثه معهم فإذا عرفناه كان هو المقدار الموصى به. فإن كان في حدود الثلث نفذنا الوصية بإخراجه أولا من مال المتوفى ثم قسمنا باقي المال على الورثة الحقيقيين بقدر مواريثهم دون مراعاة وجود أحد معهم وإن كان أكثر من الثلث نزلنا به عند عدم الإجازة إلى الثلث وأخرجناه من المال ثم قسمنا الثلثين بين الورثة الحقيقيين على ما ذكرنا، وذلك ما تقضي به رواية الجامع التي أشرنا إليها آنفا.

هذا، وإذا كان مع الوصية الواجبة وصية اختيارية أخرى فقد ذكرنا أن الوصية الواجبة تتقدم عليها وتنفذ أولا في ثلث التركة الذي جعله الشارع محلا لتنفيذ الوصايا فإن استنفدته بطلت الوصايا الاختيارية لزوال محلها. وإن بقيت بقية بعد الوصية الواجبة نفذت فيه الوصايا الاختيارية فإن وسعها فبها وإلا قسم بينها على حسب ما سنذكره من الأحكام عند تزاحمها.

وبما أن الوصية الواجبة لا تزيد على الثلث في حال من الأحوال - فإنه يرى أنها إذا كانت ثلثا لم يتصور وجود وصية اختيارية معها عند عدم إجازة الورثة لعدم تنفيذ وصية ما فيما جاوز الثلث عند عدم الإجازة. وإذا كانت أقل من الثلث كان الباقي من الثلث بعد تنفيذها بين الوصايا الاختيارية. وهذا أمر واضح بين ليس في حاجة إلى مزيد إيضاح.

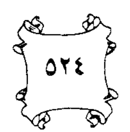
أما عند الإجازة فيراعى أن نفاذ الوصية الواجبة في الثلث أولا أمر حتم بحكم القانون لا ينظر فيه إلى إجازة أو عدمها بل ولا إلى صدور وصية أو



عدم صدورها. وأن ما زاد على الثلث عد وصية اختيارية لصاحب الوصية الواجبة. وعلى ذلك فإنه في هذه الحال حال الإجازة يجب أن تنفذ الوصية الواجبة في الثلث فإن استغرقته كان ما عداها من الوصايا الاختيارية: سواء أكانت لصاحب الوصية الواجبة أم لغيره في الثلثين بالإجازة فإن وسعاها فبها وإن ضاقا عنها قسم بينها على حسب أحكام المزاحمة التي سنذكرها.

فإذا توفي شخص عن ابن وبنت ابن وموصى له بالثلث - كانت وصية بنت الابن النصف لأنه إذا فرض أبوها موجودا كان له نصف التركة - فعند الإجازة تعطى أولا ثلث التركة وصية واجبة ويبقى لها السدس وصية اختيارية ومعها وصية بالثلث مجموعها النصف تنفذان بالإجازة في الثلثين الباقيين فيبقى للابن الوارث من التركة الباقي من الثلثين بعد النصف ومقداره سدس التركة. وإذا كان الموصى له بالثلثين فإن ثلثي التركة بعد الوصية الواجبة بين الوصية بالثلث والوصية بالثلثين على ما يأتي بيانه.

وإذا توفي شخص عن ابن وعن ابن موصى له بنصيب أبيه وموصى له بوصية اختيارية أيا كان مقدارها وأجاز الورثة في الباقي. في هذه الحال يرى أن مقدار الوصية الواجبة يساوي نصيب الابن من التركة. ونصيبه من التركة أكثر من الثلث وهو النصف. وعلى هذا يكون أولا ثلث التركة لصاحب الوصية الواجبة ابتداء لتقدم وصيته فيه. وما بقي بعد ذلك وهو ثلثا التركة يقسم بين الوصية الاختيارية وزيادة الوصية الواجبة وإن كانت زيادة؛ لأنها تعد وصية اختيارية. فإذا كانت الوصية الاختيارية الأخرى بالثلث ولوحظ أن مقدار الوصية الواجبة في هذه الحال هو مثل ما يأخذه الابن من التركة وإنما يكون نصيبه فيها بنص الكتاب بعد إخراج الوصايا ونصيبه فيها بعد إخراج الوصايا هو الثلث فعند ذلك لا يرى في الوصية الواجبة زيادة ويكون المال أثلاثا ثلثه لصاحب الوصية الواجبة وثلثه لصاحب الوصية الاختيارية وثلثه للابن.



وإذا كانت الوصية الاختيارية في هذه الحال بالسدس فقط والوصية كما تعلم بمقدار نصيب الابن في التركة بعد الوصية الاختيارية - لأن هذا هو ما أراده الموصي - فإن مقدار الوصية الواجبة تكون بمقدار نصف الباقي أي مقدارها $\frac{5}{12}$ من التركة وقد أعطى الموصى له بالوصية الواجبة من ذلك ثلثها ابتداء فبقى له الفرق وهو $\frac{1}{12}$ من التركة وصية اختيارية ينفذ هو والوصية بالسدس من الثلثين وباقيهما للابن وهو $\frac{5}{12}$ من التركة. وإذا كان صاحب الوصية الاختيارية قد أوصى له في هذه الحال بالثلثين فإن الإجازة أيضا لا تبطل حق صاحب الوصية الواجبة في الثلث فيكون له الثلث ابتداء، وبما أن مقدار الوصية الواجبة في هذه مثل نصيب الإبن بعد الوصية الاختيارية وهي بالثلثين ونفاذها في الثلثين لا يكون على صاحب الوصية الواجبة لما قدمنا من أن ذلك يضره فلا ينفذ عليه فإن نصيبه حينئذ يقتصر على الثلث ولا يتعداه لأن ما أوصى له به أقل مما يجب له وما بقي بعد الثلث يكون لصاحب الوصية الاختيارية بسبب إجازة الابن ولا يبقي له شيء من التركة.

أما إذا لم يجز الورثة فالحكم لا يختلف بالنسبة لتقدم صاحب الوصية الواجبة في الثلث فهو له أولا فإن استنفده بطلت الوصايا الاختيارية لزوال محلها. وإن بقي منه شيء كان بين الوصايا الاختيارية.

تزاحم الوصايا

ذكرنا فيما مضى أن الوصية لا تنفذ إلا في ثلث التركة بعد وفاء الدين عند عدم الإجازة فإن وسعها الثلث فبها وإن ضاق عنها عند تعددها تزاحمت كما تزاحم كذلك عند إجازتها كلها إذا ما ضاق عنها جميع المال.

وقد ذكرنا عند كلامنا على الوصية الواجبة أنها في الثلث مقدمة. وإذن فلا تزاحمها وصية أخرى. وعلى ذلك إنما تتصور المزاحمة بين الوصايا الاختيارية المتعددة إما في الثلث عند عدم الإجازة وضيق الثلث عنها، وإما في كل المال عند الإجازة وعدم اتساع المال لها.

وتنحصر حالات المزاحمة فيما يأتي:

أولا: إذا كانت جميع الوصايا للعباد كان للمزاحمة ثلاث أحوال:

١- أن تكون جميع الوصايا بالسهام.

٢- أن تكون جميع الوصايا بمرتبات.

٣- أن تكون الوصايا بعضها بسهام وبعضها بمرتبات.

ثانيا: إذا كانت جميع الوصايا في القربات كان للمزاحمة حالتان.

(أ) أن تكون جميعها في مرتبة واحدة - فرائض كلها - أو واجبات كلها - أو نوافل كلها.

(ب) أن تكون مختلطة بعضها بالفرائض وبعضها بالواجبات وبعضها بالنوافل.

ثالثا: إذا كان بعض الوصايا للعباد وبعضها في القربات فليس للمزاحمة إلا حال واحدة.

١- إذا كانت جميع الوصايا للعباد وهي بالسهام: كأن يوصي شخص لآخر بالثلث ولآخر بالربع وهكذا. وهذه تحتها صورتان:



الأولى: أن يرفض الورثة هذه الوصايا وعندئذ يكون الثلث بينهما بالمحاصة باعتبار نسبة كل سهم إلى رأس المال وهذا محل اتفاق بين الفقهاء إذا لم يزد سهم من تلك السهام على الثلث كأن تكون وصية منها بثلث ووصية بربع وأخرى بسدس وهكذا. فعند الإيصاء بثلث وبربع يكون الثلث بين الوصيتين على سبعة أسهم لصاحب الثلث أربعة أسهم ولصاحب الربع ثلاثة أسهم وهكذا، أما إذا زادت إحدى الوصايا على الثلث كأن أوصى شخص بنصف ماله لشخص ثم أوصى بثلثه لآخر فالحكم كذلك عند الجمهور وهو مذهب الصاحبين وابن أبي ليلى والحسن والنخعي ومالك والشافعي وأحمد والثوري وإسحق والزيدية لا خلاف عندهم بين الحالين. وذهب الإمام أبو حنيفة وأبو ثور وابن المنذر إلى أن الثلث يكون بين الموصى لهما نصفين لأن الوصية بما زاد على الثلث تبطل في حق الضرب بها في الثلث عند عدم الإجازة.

وجملة القول في ذلك: أن الموصي إذا أوصى بسهام متعددة لأكثر من شخص فإن لم يزد مجموعها على الثلث كانت الوصايا بها نافذة - وإن زاد مجموعها على الثلث ولم يجز الورثة قسم الثلث بينهما قسمة تناسبيه بحسب مقادير السهام عند الصاحبين. وهو قول إبراهيم والشعبي وابن أبي ليلى وغيرهم ممن ذكرنا. وذهب الإمام إلى ذلك أيضا إذا لم يكن سهم من هذه السهام أزيد من الثلث فإن زاد سهم منها على الثلث رد إلى الثلث في المزاحمة فكانت الوصية به كالوصية بالثلث وعند ذلك يقسم الثلث بينهما قسمة تناسبية على هذا الوضع؛ ذلك لأن الأصل عند الإمام - رحمه الله تعالى - أن الوصية بما زاد على الثلث عند عدم إجازة الورثة تبطل في حق الضرب بها في الثلث عندما يضيق عن الوصايا - فإذا أوصى شخص لآخر بجميع ماله ولآخر بثلث ماله ولم يجز الورثة. أو أوصى لرجل بجميع ماله ولآخر بنصف ماله ولم يجز الورثة فالثلث بينهما نصفان عند أبي حنيفة



فيكونان فيه سواء. وعند صاحبيه وابن أبي ليلي يكون الثلث بينهما أرباعا لصاحب الوصية بالكل ثلاثة أسهم منه ولصاحب الوصية بالثلث السهم الباقي في المسألة الأولى، ويكون الثلث بينهما أثلاثا لصاحب الوصية بالكل سهمان منه ولصاحب الوصية بالنصف السهم الباقي في المسألة الثانية.

يرى الثلاثة، ومن رأى رأيهم أن ما يوجبه الموصي بعد موته من سهام في وصاياه يقاس على ما أوجبه الله تعالى من سهام للورثة بعد الموت. وقد أوجب الله تعالى للزوج النصف إذا لم يكن ولد، وأوجب معه للأخت النصف وللأم الثلث وكان مال المتوفى بينهم عند ذلك على ثمانية أسهم للزوج منها ثلاثة وللأخت منها ثلاثة وللأم منها الاثنان الباقيان. أي أن المال حينئذ يقسم بين الثلاثة قسمة تناسبية بحسب ما أوصى الله به لكل منهم. وذلك محل اتفاق فوجب أن يكون الحكم كذلك في الوصايا إذا تعددت فزادت على الثلث ولم يجز الورثة؛ إذ العلة في الحالين واحدة وهي أن المال الذي يجب فيه التنفيذ قد ضاق عن الموصى به في الحالين: حال الوراثة وحال الوصية - ولأن الموصي عند الوصية قد قصد إلى أمرين: أحدهما سلامة ما أوصى به لكل واحد من الموصى لهم - وثانيهما التفاضل بينهم على الوضع الذي صدر منه. وقد تعذر تحصيل مقصوده الأول عند عدم إجازة الورثة لضيق الثلث عما أوصى به ولم يتعذر تحصيل مقصوده الثاني فوجب لذلك تحصيله وتحقيقه دون مقصوده الأول المتعذر التحقيق.

ومثله في الحكم ما إذا أوصى شخص بهذا الألف على أن يكون لفلان منه ثمانمائة ولفلان سبعمائة فإنه يجب اعتبار تسميته لكل منها بالنسبة إلى ما أراده من تفاضل بينهما وإن تعذر اعتبارها في استحقاق كل منهما جميع ما أوصى به له لضيق المحل وهو الألف عن الوصيتين. وذلك محل اتفاق بينهم وبين الإمام. وإذا كان هذا محل اتفاق وكان ذلك هو ما يراه الإمام في هذه المسألة فإن الأمر يجب ألا يختلف عن ذلك فيما إذا أوصى لشخص بالنصف ولآخر بالثلث إذ إن وصية كل من الموصى لهما إنما تنصرف إلى جزء شائع

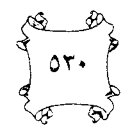
وقد ضاق الثلث الذي هو محل حل التنفيذ عن أن يتسع لهما كما ضاق الألف عن أن يتسع لثمانمائة وسبعمائة فوجب مراعاة التفاضل في الحالين لأنهما سواء، ألا ترى إلى الموصي يوصي لشخص بثلث ماله ولآخر بسدس ماله ولثالث بربع ماله فإنه يكون لكل واحد منهم أن يضرب بجميع ما أوصى له به في الثلث - عند عدم إجازة الورثة - من قبل أن الإيصاء في كل هذه الأحوال إنما ينصرف إلى الإيصاء بجزء شائع في التركة وإنما ضاق الثلث عن الموصى به عند التنفيذ ولم يكن إيصاؤه بالسدس والربع بعد إيصائه بالثلث إيصاء مما هو حق للورثة فتبطل بعد إجازتهم فيكون ثلث التركة للموصى له بالثلث أولا كما يرى الشيعة. وكذلك الحكم لو أوصى شخص لآخر بألف جنيه ولثان بألفين وثلث ماله ألف فقط فإنه يضرب كل واحد منهما في الثلث بجميع ما سمي له. وكذلك إذا باع سلعة لشخص في مرض موته وحاباه فيها بألف جنيه وباع سلعة أخرى لآخر وحاباه فيها بألفين وثلث ماله أقل من ثلاثة آلاف فإن كلا من المشترين يضرب في الثلث بما حوبي به.

ولتوجيه ما ذهب إليه أبو حنيفة في ذلك طريقان: أحدهما أن الوصية بما زاد على الثلث عند ردها من الورثة تعتبر مفسوخة والوصية المفسوخة كالوصية التي رجع عنها الموصي فلا يستحق صاحبها الضرب بها في الثلث فهي كالبيع الموقوف على إجازة المالك ينفسخ برده وإذا انفسخت الوصية فيما يزيد على الثلث لذلك لم يكن مسوغ للضرب بها لأنها حينئذ معدومة. وهذا بخلاف المواريث فإن ما أوجبه الله لكل وارث صحيح قطعا ويقينا فإذا ضاقت التركة عما أوجبه الله - وذلك غير خاف عليه - علمنا أن المراد المضاربة بها عند ضيق التركة - وكذلك الوصية بالألف والوصية بالألفين عندما يكون ثلث المال ألفا؛ ذلك لأن الوصية في هذه الحال لم تكن في حق الورثة بهذه التسمية لأن حقهم إنما هو في أعيان التركة دون الألف المرسلة، ألا ترى أنه يتصور تنفيذ هذه الوصايا على ما سمي فيها من غير إجازة الورثة إذا ما كثر مال الموصي. وكذلك الحال في مسألة المحاباة فإنها بمنزلة الوصية بالمال المرسل

إذ يتصور فيها التنفيذ بدون إجازة الورثة عندما يكثر المال. وليس بنقض هذا التوجيه ما ذهب إليه أبو حنيفة من أنه إذا أوصى إنسان لآخر بمنزل بعينه قيمته ألف ولآخر بمنزل آخر بعينه قيمته ألفان ولا مال له سواهما فإن الثلث يكون بين الموصى لهما نصفين، مع أنه يتصور تنفيذ الوصيتين في هذه الحال أيضا بأن يكثر مال الموصي فيخرج المنزلان من الثلث - ذلك لأن وصيتهما إنما كانت بعين معينة من التركة فيها حق للورثة ولم تكن بمال مرسل فكانت هذه الوصية واقعة على حق الورثة عينا. ألا ترى أنها لا تصح إلا إذا كانت قد صدرت حال قيام ملكه العين الموصى بها، ولو هلكت بطلت الوصية بها بخلاف الدراهم المرسلة. وهذا بخلاف الوصية بالألف المرسلة فإنها تصح وإن لم يكن في ملكه مال عند الإيصاء. وإذا كانت واقعة على حق الورثة فإنها تبطل فيما زاد على الثلث بعدم إجازتهم فتبطل كذلك في الضرب بهذا الزائد في الثلث.

ثانيهما: أن الوصية بما زاد على الثلث وصية ضعيفة حتى لا يجوز تنفيذها إلا بإجازة الورثة والوصية بالثلث وصية قوية ولا يزاحم الضعيف القوي في الاستحقاق؛ إذ إنه أمام القوى بمنزلة المعدوم - وذلك كالوصية للوارث مع الأجنبي. فإنه لا تثبت المزاحمة بينهما والمضاربة عند عدم إجازة الورثة. أما قولهم إن الموصي قد قصد إلى التفضيل بصنعه ذلك وفي الإمكان تنفيذه فوجب لذلك أن تفاضل بين الموصى لهم على الوضع الذي أراده الموصي فمردود؛ لأن التفضيل بينهم إنما يكون بناء على صحة الإيجاب في حق الاستحقاق وقد بطل برد الورثة - على الطريق الأول - وهو ضعيف لا يزاحم القوى - على الطريق الثاني - وإذا بطل أو ضعف لم يترتب عليه أثر.

وما قالوه من أن الإيجاب بالنصف ونحوه إنما ينصرف إلى جزء شائع في التركة غير مسلم لهم، بل هو ينصرف إلى ما جعل الله للموجب أن يوصى به فإذا تجاوزه الإيجاب إلى ما هو حق للورثة فيتوقف أثره على إجازتهم. ألا ترى أن الشريك في سلعة مع آخر إذا باع نصفها مطلقا إنما

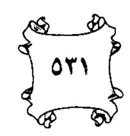


ينصرف إلى النصف الذي يملكه فيها، ولا ينصرف إلى نصف شائع في جميعها حتى لا يكون قد باع بعض ما يملكه شريكه.

وذهب الشيعة الجعفرية: إلى أن الموصي إذا تعددت وصاياه بالسهام: بأن أوصى بثلث ماله لزيد وبربعه لخالد فإن أجاز الورثة نفذت الوصيتان، وإن ردوا بطلت الوصية الأخيرة. وإن أوصى بالنصف لزيد وبالربع لخالد فأجاز الورثة نفذت الوصيتان وإن ردوا بطلت الأخيرة وكان لزيد الثلث فقط، وبطلت وصيته في الزائد عليه. ولا يقسم الثلث على قدر السهام بين الموصى لهم - وليس للورثة أن يجيزوا الوصية الأخيرة ويردوا الأولى - وإذا جاوزت الوصايا الثلث في مجموعها بطلت في الزائد على الثلث عن تنفيذ الوصية الأولى فالتي تليها وهكذا إلى أن يستغرق الثلث فيبطل ما جاوزه. ولو أجاز الورثة جميع الوصايا وقد تجاوز مجموعها التركة جميعها بدئ بتنفيذ الأولى فالتي تليها وهكذا يدخل النقص على الأخيرة ويبطل ما يليها حدوثا بعد استغراق التركة - وإذا أوصى شخص بثلث ماله لزيد ثم أوصى بثلثه لعمرو كان ذلك رجوعا عن الوصية للأول إلى الثاني فإذا زاد الثاني الوصية كان الثلث للورثة ولا يكون للأول - وإن أوصى بشيء واحد لاثنين فإن وسعه الثلث تساويا فيه وكذلك إذا لم يسعه وأجازت الورثة وإن ردوا كان ما يحمله ثلث التركة منه لهما بالسوية وبطلت الوصية فيما زاد، ولو جعل لكل منهما جزءا منه بدئ بوصية الأول ثم الثاني ويدخل النقص عليه إن لم يسع الثلث.

هذا إذا لم يجز الورثة. أما إذا أجازوا فالحكم لا يختلف عند الجمهور فتكون القسمة عند ضيق محل الوصية بالمحاصة بنسبة سهام كل وصية.

أما عند الإمام فقد قال الكرخي: ليس في ذلك رواية عنه نصا، وما نسب إليه فهو تخريج وقياس. وعلى ذلك إذا أوصى لرجل بجميع ماله ثم أوصى لآخر بثلث ماله فأجازت الورثة الوصيتين جميعا فقد اختلفوا في قياس قوله: روى أبو يوسف ومحمد عن أبي حنيفة أنه قال: الموصى له بالجميع يأخذ الثلثين خاصة إذ لامنازعة لأحد فيهما له ويكون الثلث محل منازعة



الموصى لهمـا فصاحب الثلث يزعم أنه له وصـاحب الكل يزعم أنه له تكملة لوصيتـه فاستويا فـيه فكان بينهمـا نصفين لكل منهما السـدس، وعليه يكون لصاحب الكل خمسة أسداس المال ولصاحب الثلث سدس المال. وقال الحسن ابن زياد ليس هذا قول أبي حنيفة بل قوله: إن الموصى له بالكل له ثلاثة أرباع المال والموصي له بالثلث له الربع. ذلك لأنهـما اسـتويا بالنسبـة للثلث فكان بينهمـا نصفين لكل منهـا السدس ثم إن صاحب الثلث يـطالب بالسدس في الباقي وهو الثلثان تكملة لوصيته، وصاحب الكل يطلبه تكملة لوصيته فيسلم لذلك مـا عدا السـدس وهو نصف المال لصـاحب الكل. وتبقي المنازعـة في السدس فكل يطلبـه فيقسم بينهمـا نصفين لكل $\frac{١}{١٢}$ من المال وعلى ذلك يكون لصـــاحـب الكـل $\frac{١}{٦}$ + $\frac{١}{٢}$ + $\frac{١}{١٢}$ = $\frac{٣}{٤}$ المال، ولصـــاحـب الثـلث $\frac{١}{٦}$ + $\frac{١}{١٢}$ = $\frac{١}{٤}$ المال، ويدل على فـساد مـا ذهب إليه الصـاحبـان في تخريج قـول أبي حنيفة: أنه لو أوصى لأحـدهما بكل المال وللآخر بسـدسه فعند عدم الإجازة يكون الثلث بينهما أثلاثا لأن الوصية بالكل تنزل إلى الثلث والثلث ضعف السـدس فيكون لصاحب السدس تسع المال والبـاقي لصاحب الكل وهو ضعف ذلك. وعند الإجـازة على تخريج الصاحبين يسلم خـمسة أسداس المال لصـاحب الكل ويقسم السدس بينهمـا نصفين لكل $\frac{١}{١٢}$ من المال فـيكون السـدس $\frac{١}{١٢}$ من المـال عند الإجـازة بينمـا يكون له تـسع المال عند عدمـها. وليس من المقـبول أن يكون له عند عـدم الإجازة أكثـر مما له عندها فالإجـازة الشأن فـيها أن تزيد في الوصـية لا أن تنقـصها. وبـذلك يظهر أن تخريج الحسن هو الأصح.

ومن هذه الحال أن يوصي شـخص لإنسان بسهم من مـاله ولآخر بمثل نصيب وارث كأن يقول: أوصيت لفلان بثلـث مالي مثلا ولفلان بمثل نصيب ابن من أبنائى فيـتوفي عن ثلاثة أبناء. ففي مـثل هذه الحال تقسم التـركة بين الورثة فتكون من ثلاثة أسهم لكل ابن سهم يضاف إلى الثلاثة سهم للموصى له بنصيب ابن فتـكون الجملة ٤ أسهم هي عبارة عن ثلثي المـال فتكون جملة سهـام التركة بما فـيها الوصـايا ٦ أسهم: منهـا سهم للموصى لـه بالنصيب

وسهمان للموصى له بالثلث وبناء على ذلك يقسم ثلث التركة عند عدم الإجازة على ثلاثة تسع للموصى له بالنصيب وتسعان للموصى له بالثلث وعند الإجازة يكون للموصى له بالنصيب $\frac{1}{6}$ التركة وللموصى له بالثلث $\frac{1}{3}$ التركة وللأبناء $\frac{1}{2}$ التركة.

وإذا توفي شخص عن بنت وأم، وبنت ابن وموصى لها بمثل نصيب البنت وموصى له بالربع فإن التركة تقسم بين الورثة للبنت $\frac{1}{2}$ التركة وبنت الابن $\frac{1}{6}$ التركة وللأم $\frac{1}{6}$ التركة فالمسألة من ٦ يضاف إليها ٣ أسهم للموصى لها فتكون الجملة ٩ أسهم عبارة عن $\frac{3}{4}$ التركة فتكون جملة التركة ١٢ سهما مقدار الوصايا فيها ٦ أسهم أي نصفها فإن أجازت الورثة نفذت وإلا قسم الثلث نصفين بين الموصى لهما لتساويهما في النهاية. وهكذا. وقد قدمنا بيان ذلك عند كلامنا على الوصية بمثل نصيب وارث.

أما عند تعدد الوصايا بالمنافع فإن الحكم يكون كما أشرنا إلى ذلك في كلامنا على الوصية بالمنفعة.

٢- وإذا كانت الوصايا جميعها بمرتبات فقد بينا الحكم في ذلك عند كلامنا على الوصية بالمرتب فارجع إليه إن شئت.

٣- وكذلك إذا كان بعض الوصايا بمرتب وبعضها بسهام فقد ذكرنا فيما مضى أن الوصية بمرتب في رأس المال تعد وصية بمال مقدر بما أوصى له به. فكانت في الحكم كالوصية بمبلغ من المال أو بعين معينة كدار مع وصية بسهم. والحكم عند ذلك أن ينسب المال أو قيمة الدار إلى قيمة التركة عند الوفاة وبذلك تقدر هذه الوصية بسهم من التركة ويكون الحكم في ذلك كالحكم إذا ما كانت جميع الوصايا بسهام. وبناء على ذلك ففي الوصية بمرتب من رأس المال ينسب المرتب الموصى به إلى قيمة التركة ليتعرف كم يساوي من السهام منها، ثم تطبق الأحكام التي ذكرناها في الوصايا بالسهام.



وأما إذا كانت بمرتب في الغلة فقد ذكرنا فيما مضى أن الوصية بمرتب في غلة عين تعتبر في حكم الوصية بالعين على الوضع الذي ذكرناه، وعلى هذا الأساس يبنى الحكم عند المزاحمة على ما بينا هناك.

ومما يزيد ذلك وضوحا ما جاء في المبسوط: «إذا ما أوصى شخص لرجل بدرهم من غلة داره كل شهر؛ وللآخر بثلث ماله ولا مال له إلا الدار فثلث الدار بينهما نصفان في قول أبي حنيفة، لأن الوصية بغلة الدار كالوصية برقبتها في الاعتبار من الثلث، والموصي له بالغلة هنا يعتبر موصى له بجميع المال وهو الدار، وقد تقدم أن أبا حنيفة ينزل بالوصية بما زاد على الثلث إلى الثلث عند عدم الإجازة في الضرب في الثلث، ولهذا كان كل منهما موصى له بالثلث وكان الثلث بينهما نصفين: فما أصاب صاحب الثلث فهو له وما أصاب صاحب المرتب استغل وأخذ من غلته مرتبه كل شهر وتحبس جميع الغلة لجواز أن تنهدم الدار أو تتخرب فلا تستغل في بعض الشهور ويحتاج إلى مرتبه مما هو محبوس لحقه. فإن مات الموصى له وقد بقي من المحبوس شيء كان لصاحب الوصية بالثلث كما يكون له باقي الثلث - أما عند الصاحبين فإن ثلث الدار يكون بينهما أرباعا يستغل ثلاثة أرباعه لصاحب المرتب ويعطى ربعه لصاحب الثلث فإن مات الموصى له كان ما بقي من الغلة ومن الثلث لصاحب الثلث.

ولو أوصى لرجل بغلة داره ولا مال له سواها ولآخر بسيارة ولآخر بثوب ولا يخرج ذلك من الثلث قسم بينهم ثلث التركة فيضرب كل واحد بما سمي له، فما أصاب صاحب الدار كان له غلته إلى أن يموت فتبطل وصيته وعندئذ يقسم الثلث بين من بقي من أهل الوصية لزوال المزاحمة مع مراعاة ما قدمنا في الوصية بالعين.

تزاحم الوصايا بالقربات

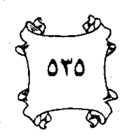
يرى الحنفية أن جميع ما وجب قربة حال الحياة من زكاة وكفارات ونذور وصدقة فقد يسقط بالموت؛ لأنها عبادة والميت ليس أهلا للعبادة والتكليف إذ لا نية له ولا إرادة ولا اختيار. وأن الموصي إذا أوصى بقربات فقد تكون جميع وصاياه في مرتبة واحدة كأن تكون جميعها بفرائض أو بواجبات أو بنوافل. وقد تتناول وصايا ذات مراتب مختلفة. فإذا كان ثلث المال يسع جميع وصاياه في القرب على اختلاف مراتبها نفذت في الثلث، وإذا كان لا يتسع لها وأجازت الورثة نفذت في رأس المال. وإذا كان رأس المال لا يتسع لها عند ذلك أو كان الثلث لا يتسع لها عند عدم الإجازة كان الحكم على التفصيل الآتي:

إذا كانت الوصايا جميعها في مرتبة واحدة: كأن كانت بفرائض أو بواجبات أو بنوافل فإنه يبدأ في التنفيذ بما بدأ به الموصي؛ لأن البدء به دليل على أنه أهم عنده من غيره - وهذا إذا كانت متساوية في الدرجة، كما في البدائع. أما عند عدم تساويها فيقدم الأقوى فالأقوى. وقد ذكر الكاساني في بدائعه[1] ترتيبها في القوة عند الحنفية، وهذا عند عدم نصه على الترتيب بينها في التنفيذ وإلا وجب اتباع ما نص عليه كما يفهم من الزيلعي[2] وبناء على ما تقدم فإنما ينفذ منها ما يسعه الثلث أو التركة على هذا الوضع وتبطل باقيها - ويرى زفر أن الموصي إذا رتب بينها اتبع ترتيبه وإذا لم يرتب كانت متساوية في التنفيذ فيقسم الثلث أو التركة بينها بالمحاصة. وعلى ذلك فلا يبطل منها شيء.

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني جـ٧ ص ٣٧١.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي جـ٦ ص ١٩٨.



وإن كانت الوصايا من مراتب مختلفة قدمت الفرائض على الواجبات، والواجبات على النوافل في التنفيذ في الثلث أو في التركة - فإذا لم يسعها الثلث أو التركة بطلت فيما لم يسعه.

هذا ما ذهب إليه الحنفية: أما ما ذهب إليه غيرهم من الفقهاء فخلاصته: أن حقوق الله تعالى المالية أو المتعلقة بالمال كالزكاة والكفارات والحج والنذر تنفذ في رأس المال أوصى بها الموصي أم لم يوص بها، كالحكم في ديون العباد ذهب إلى ذلك الشافعي وأحمد. أما ما عدا ذلك فهو في ثلث المال عند الوصية به. وإلى ذلك ذهب الشيعة الجعفرية والزيدية أيضا. ويرى ابن حزم تقديم حقوق الله تعالى في رأس المال على ديون العباد لقوله ﷺ: «اقضوا الله فالله أحق بالوفاء»[1]. أما ما ينفذ في الثلث من التبرعات فإن الثلث يقسم بالمحاصة فيه ويخالف في ذلك الشيعة الإمامية: إذ يرون البداءة بما أوصى به الموصي أولا فأولا حتى ينفذ الثلث فيبطل ما عدا ذك كما قدمنا. وهذا إذا تعددت الوصايا أما إذا أشرك بين متعدد في وصية واحدة كأن قال: أوصيت لكل من فلان وفلان بالثلث فإنهما يتحاصان.

وإذا جمع بين وصية للعباد وأخرى بالقربات فضاق الثلث أو جميع المال عن ذلك قسم الثلث أو المال بينهما بالمحاصة فما أصاب كل موصى له من العباد كان له وما أصاب القربات ضم بعضه إلى بعض ونفذت فيه وصايا القربات على ما أسلفنا عند الحنفية. فإذا قال ثلث مالي في الحج والزكاة والصدقات ولزيد فإنه يقسم على أربعة أسهم: سهم لزيد وثلاثة أسهم للقربات يقدم في التنفيذ الحج والزكاة ثم الصدقات إن وسع الباقي ذلك.

---

(١) أخرجه البخاري برقم (١٧٥٤)، والنسائي برقم (٣٦١٢).



ما أخذ به القانون

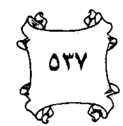
جاء في المادة ٨٠ أن الوصايا إذا زادت على ثلث التركة وأجازها الورثة وكانت التركة لا تفي بالوصايا أو لم يجيزوها وكان الثلث لا يفي بها قسمت التركة أو الثلث على حسب الأحوال بين الوصايا بالمحاصة. وهذا الإطلاق يقتضي تعميم هذا الحكم سواء أكانت الوصايا كلها للعباد أم كانت كلها في القربات أم كان بعضها للعباد وبعضها في القربات. وذلك مع مراعاة ألا يستوفي الموصى له بعين معينة إلا من هذه العين.

وهذا الحكم عندما تكون الوصايا كلها للعباد هو مذهب الجمهور خلافا للشيعة الإمامية إذ يقدمون كما ذكرنا الأولى فالأولى حتى ينفد محل التنفيذ فيبطل الباقي.

ولم يأخذ القانون بمذهب الإمام في إنزال ما زاد على الثلث إلى الثلث عند عدم الإجازة ولا برأيه في القسمة بطريق المنازعة عند الإجازة.

وكذلك يرى أن هذا الحكم عندما يكون بعضها للعباد وبعضها في القربات هو مذهب الجمهور أيضا، غير أن المادة ٨١ تنص على ما تنفذ فيه الوصايا بالقربات سواء أكان هو ثلث التركة أم جميع التركة عند انفرادها أو كان هو ما حصها من ذلك عند المحاصة بينها وبين وصايا العباد إذا ما اجتمعت.

وإذا كان ما تنفذ فيه من ذلك لا يفي بها كلها وكانت متحدة الدرجة بأن كانت كلها فرائض أو كلها واجبات أو كلها نوافل كانت متساوية في الاستحقاق ولم تقيد المادة ذلك بألا يكون الموصي قد رتب بينها في التنفيذ ولم يذكر لكل جهة سهاما تخالف سهام الأخرى. ولكن المذكرة الإيضاحية نصت على هذين القيدين وعلى أنه إذا رتب بينها اتبع ترتيبه. وإذا ذكر لكل سهاما كانت القسمة بينها بالمحاصة على مقتضى ما ذكر من سهام. وهذا هو مذهب الحنفية وليس يدل عليه إطلاق عبارة المادة - وسنبين أن المذكرة



الإيضاحية لا تقوى على تقييد إطلاق القانون إلا إذا كانت صادرة من السلطة التشريعية وإن كان رأي واضعي مشروع القانون خلاف ذلك.

أما إذا كانت من درجات مختلفة فإن الفرائض تقدم في التنفيذ ثم الواجبات ثم النوافل. ولم تقيد المادة ذلك بأي قيد فكان الحكم فيها مطلقا. ولكن المذكرة الإيضاحية قيدت ذلك بألا يكون الموصي قد سوى بينها في التنفيذ فإن سوى بينها في التنفيذ لم تقدم وصية على أخرى وكانت القسمة بينها بالتساوي إلا إذا جعل لكل نوع سهاما خاصة وسوى مع ذلك بينها فإن القسمة بينها تكون بالمحاصة كما شرط الموصي. وهذا أيضا مستمد من مذهب الحنفية.

وإذا سوى الموصي بين الأنواع أو جعل مع ذلك لكل نوع سهاما خاصة اتبع شرطه وما خص كل نوع يجعل بين أفراده بالتساوي على ما ذهب إليه زفر كما قدمنا. ولا يراعى في هذه الحال تقديم ما قدمه الموصي في الذكر.

وجاء في المادة ٨٢ أنه عندما تتزاحم الوصايا بالمرتبات ويموت بعض الموصى لهم أو تنقطع جهة من الجهات الموصى لها بالمرتب كان نصيبها لورثة الموصي إن لم يكن هناك مزاحم ممن أوصى له بسهم من المال فإن كان هناك موصى له بسهم وقد انتقص منه بسبب الوصية بالمرتب كان ذلك النصيب له. وقد بينا ذلك فيما مضى.

والمفهوم أن المذكرة الإيضاحية إذا لم تصدر مع القانون من السلطة التشريعية لا تقوى على نسخ القانون أو تعديله، وكذلك لا تقوى على تقييده إلا إذا عد ذلك التقييد تفسيرا - والظاهر من مذكرات اللجنة التي عهد إليها بوضع مشروع هذا القانون أن ما ينص عليه في المذكرة الإيضاحية من قيود يعد من قبيل التفسير وعلى ذلك يكون واجب التطبيق. وقد جاء كذلك في المذكرة: أن ما لم ينص عليه في هذا القانون يجب الرجوع فيه إلى أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة تطبيقا للمادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١.



قانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦
بإصدار قانون الوصية

نحن فاروق الأول ملك مصر

قرر مجلس الشيوخ ومجلس النواب القانون الآتي نصه، وقد صدقنا عليه وأصدرناه:

مادة ١- يعمل في المسائل والمنازعات المتعلقة بالوصية بالأحكام المرافقة لهذا القانون.

مادة ٢- على وزير العدل تنفيذ هذا القانون، ويعمل به بعد شهر من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية.

نأمر بأن يبصم هذا القانون بخاتم الدولة، وأن ينشر في الجريدة الرسمية وينفذ كقانون من قوانين الدولة.

صدر بقصر المنتزة في ٣٤ رجب سنة ١٣٦٥ (٢٤ يونية سنة ١٩٤٦)

فاروق

بأمر حضرة صاحب الجلالة

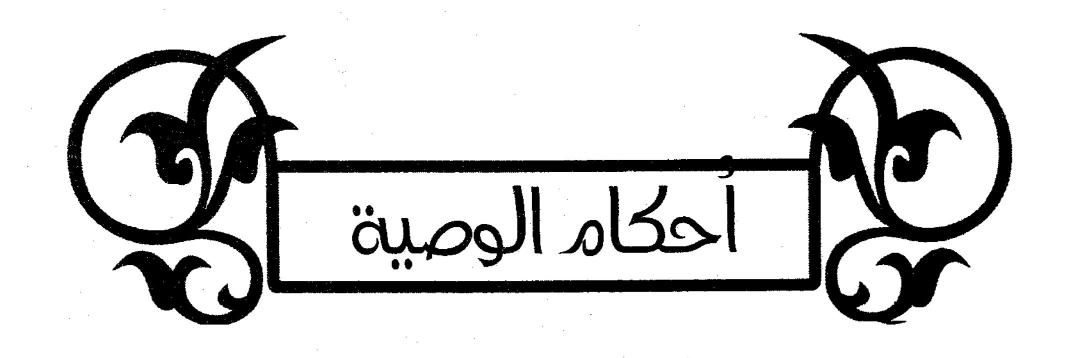
وزير العدل

محمد كامل مرسي

رئيس مجلس الوزراء

إسماعيل صدقي




أحكام الوصية

الباب الأول
في أحكام عامة

الفصل الأول
تعريف الوصية وركنها وشرائطها

مادة ١- الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت.

مادة ٢- تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة فإذا كان الموصي عاجزا عنهما انعقدت الوصية بإشارته المفهمة.

ولا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع القولي عنها بعد وفاة الموصي في الحوادث السابقة على سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الإفرنجية إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى.

وأما الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الإفرنجية فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصي إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك، تدل على ما ذكر أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا علي توقيع الموصي عليها.

مادة ٣ - يشترط في صحة الوصية ألا تكون بمعصية وألا تكون الباعث عليها منافيا لمقاصد الشارع.

وإذا كان الموصي غير مسلم صحت الوصية إلا إذا كانت محرمة في شريعته وفي الشريعة الإسلامية.

مادة ٤- مع مراعاة أحكام المادة الثالثة تصح الوصية المضافة أو المعلقة بالشرط أو المقترنة به، وإن كان الشرط صحيحا وجبت مراعاته مادامت المصلحة فيه قائمة. ولا يراعى الشرط إن كان غير صحيح أو زالت المصلحة المقصودة منه.



والشرط الصحيح هو ما كان فيه مصلحة للموصي أو الموصى له أو لغيرهما ولم يكن منهيا عنه ولا منافيا لمقاصد الشريعة.

مادة ٥ - يشترط في الموصي أن يكون أهلا للتبرع قانونا على أنه إذا كان محجورا عليه لسفه أو غفلة أو بلغ من العمر ثماني عشرة سنة شمسية جازت وصيته بإذن المجلس الحسبي.

مادة ٦- يشترط في الموصى له:

(١) أن يكون معلوما.

(٢) أن يكون موجودا عند الوصية إن كان معينا.

فإن لم يكن معينا لا يشترط أن يكون موجودا عند الوصية ولا وقت موت الموصي وذلك مع مراعاة ما نص عليه في المادة ٧٠.

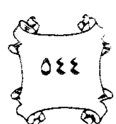
مادة ٧- تصح الوصية لأماكن العبادة والمؤسسات الخيرية وغيرها من جهات البر وللمؤسسات العلمية والمصالح العامة وتصرف على عمارتها ومصالحها وفقرائها وغير ذلك من شؤونها ما لم يتعين المصرف بعرف أو دلالة، وتصح الوصية لله تعالى ولأعمال البر بدون تعيين جهة وتصرف في وجوه الخير.

مادة ٨- تصح الوصية لجهة معينة من جهات البر ستوجد مستقبلا فإن تعذر وجودها بطلت الوصية «في المشروع صرفت لأقرب جهة مجانسة».

مادة ٩- تصح الوصية مع اختلاف الدين والملة وتصح مع اختلاف الدارين ما لم يكن الموصي تابعا لبلد إسلامي والموصي له غير مسلم تابع لبلد غير إسلامي تمنع شريعته من الوصية لمثل الموصي.

مادة ١٠- يشترط في الموصى به:

(١) أن يكون ما يجري فيه الإرث أو يصح أن يكون محلا للتعاقد حال حياة الموصي.



(٢) أن يكون متقوما عند الموصي إن كان مالا.

(٣) أن يكون موجودا عند الوصية في ملك الموصي إن كان معينا بالذات.

مادة ١١- تصح الوصية بالخلو وبالحقوق التي تنتقل بالإرث ومنها حق المنفعة بالعين المستأجرة بعد وفاة المستأجر.

مادة ١٢- تصح الوصية بإقراض الموصى له قدرا معلوما من المال ولا تنفذ فيما زاد من هذا المقدار على ثلث التركة إلا بإجازة الورثة.

مادة ١٣- نصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصي بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه وتكون لازمة بوفاة الموصي فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم عن استحقاقه في التركة كانت الزيادة وصية.

مادة ١٤ - تبطل الوصية بجنون الموصي جنونا مطبقا إذا اتصل بالموت. وكذلك تبطل بالنسبة للموصى له إذا مات قبل موت الموصي.

مادة ١٥- تبطل الوصية إذا كان الموصى به معينا وهلك قبل قبول الموصى له.

مادة ١٦- لا تبطل الوصية بالحجر على الموصي للسفه أو الغفلة.

مادة ١٧- يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الوصية الواجبة قتل الموصي أو المورث عمدا سواء أكان القاتل فاعلا أصليا أم شريكا أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصي وتنفيذه وذلك إذا كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل عاقلا بالغا من العمر خمس عشرة سنة. ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعي.

الفصل الثاني
الرجوع عن الوصية

مادة ١٨- يجوز للموصي الرجوع عن الوصيـة كلها أو بعضها صراحة أو دلالة.

ويعتبر رجوعا عن الوصية كل فعل أو تصرف يدل بقرينة أو عرف على الرجوع عنها.

ومن الرجوع دلالة كل تصرف بزيل ملك الموصي عن الموصى به.

مادة ١٩- لا يعـتبر رجوعـا عن الوصية جـحدها ولا إزالة بناء العين الموصى بها ولا الفـعل الذي يزيل اسم الموصى به أو يغيـر معظم صـفاته ولا الفعل الذي يوجب فـيه زيادة لا يمكن تسليمه إلا بهـا إذا دلت قرينة أو عرف على أن الموصي يقصد بذلك الرجوع عن الوصية.

الفصل الثالث
قبول الوصية وردها

مادة ٢٠- تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصي فإذا كان الموصى له جنينا أو قاصرا أو محجورا عليه يكون قبول الوصية أو ردها ممن له الولاية على مال بعد إذن المجلس الحسبي.

مادة ٢١- إذا مات الموصى له قبل قبول الوصية وردها قام ورثته مقامه في ذلك.

مادة ٢٢- لا يشترط في القبول ولا في الرد أن يكون فور الموت. ومع ذلك تبطل الوصية إذا بلغ الوارث أو من له تنفيذ الوصية الموصى له بإعلان رسمي مشتمل على بيان كاف عن الوصية وطلب منه قبولها أو ردها ومضى على علمه بذلك ثلاثون يوما كاملة خلاف مواعيد المسافة القانونية ولم يجب بالقبول أو الرد كتابة دون أن يكون له عذر مقبول.

مادة ٢٣ - إذا قبل الموصى له بعض الوصية ورد البعض الآخر لزمت الوصية فيما قبل وبطلت فيما رد وإذا قبلها بعض الموصى لهم وردها الباقون لزمت بالنسبة لمن قبلوا وبطلت بالنسبة لمن ردوا.

مادة ٢٤- لا تبطل الوصية بردها قبل موت الموصي.

فإذا رد الموصى له الوصية كلها أو بعضها بعد الموت وقبل القبول بطلت فيما رد وإذا ردها كلها أو بعضها انفسخت الوصية وإن لم يقبل منه ذلك أحد منهم بطل رده.

مادة ٢٥- إذا كان الموصى له موجودا عند موت الموصي استحق الموصى به من حين الموت ما لم يفد نص الوصية ثبوت الاستحقاق في وقت معين بعد الموت.

وتكون زوائد الموصى به من حين الملك إلى القبول للموصى له ولا تعتبر وصية، وعلى الموصى له نفقة الموصى به في تلك المدة.



الباب الثاني
أحكام الوصية

الفصل الأول
في الموصى له

مادة ٢٦- تصح الوصية بالأعيان للمعدوم ولما يشمل الموجود والمعدوم ممن يحصون فإن لم يوجد أحد من الموصى لهم وقت موت الموصي كانت الغلة لورثته وعند اليأس من وجود أحد من الموصى لهم تكون العين الموصى بها ملكا لورثة الموصي.

وإن وجد أحد من الموصى لهم عند موت الموصي أو بعده كانت الغلة له إلى أن يوجد غيره فيشترك معه فيها. وكل من يوجد منهم يشترك فيها مع من يكون موجودا وقت ظهور الغلة إلى حين اليأس من وجود مستحق آخر فتكون العين والغلة للموصى لهم جميعا ويكون نصيب من مات منهم تركة عنه.

مادة ٢٧- إذا كانت الوصية لمن ذكروا في المادة السابقة بالمنافع وحدها ولم يوجد منهم أحد عند وفاة الموصي كانت لورثة الموصي.

وإن وجد مستحق حين وفاة الموصي أو بعدها كانت المنفعة له ولكل من يوجد بعده من المستحقين إلى حين انقراضهم فتكون المنفعة لورثة الموصي وعند اليأس من وجود غيرهم من الموصى لهم ردت العين لورثة الموصي.

مادة ٢٨- إذا لم يوجد من الموصى لهم غير واحد انفرد بالغلة أو العين الموصى بها إلا إذا دلت عبارة الموصي أو قامت قرينة على أنه قصد التعدد ففي هذه الحالة يصرف للموصى له نصيبه من الغلة ويعطى لورثة الموصي

وتقسم العين بين الموصى له وبين ورثة الموصي عند اليأس من وجود مستحق آخر.

مادة ٢٩- إذا كانت الوصية بالمنافع لأكثر من طبقتين لا تصح إلا للطبقتين الأوليين فإذا كانت الوصية مرتبة الطبقات يكون استحقاق الطبقة الثانية عند اليأس من وجود أحد من أهل الطبقة الأولى أو انقراضهم واليأس من وجود غيرهم مع مراعاة الأحكام الواردة في المادتين السابقتين.

وإذا انقرضت الطبقتان كانت العين تركة إلا إذا كان قد أوصى بها أو ببعضها لغيرهم.

مادة ٣٠- تصح الوصية لمن لا يحصون ويختص بها المحتاجون منهم ويترك أمر توزيعها بينهم لاجتهاد من له تنفيذ الوصية دون التقييد بالتعميم أو المساواة.

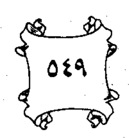
ومن له تنفيذ الوصية هو الوصي المختار فإن لم يوجد فهيئة التصرفات أو من تعينه لذلك.

مادة ٣١- إذا كانت الوصية لقوم محصورين بلفظ يتناولهم ولم يعينوا بأسمائهم وكان بعضهم غير أهل للوصية وقت وفاة الموصي كان جميع ما أوصى به مستحقا للآخرين مع مراعاة أحكام المواد ٢٦ و ٢٧ و ٢٨ و ٢٩.

مادة ٣٢- إذا كانت الوصية مشتركة بين معينين وجماعة أو جهة أو بين جماعة وجهة أو بينهم جميعا كان لكل معين ولكل فرد من أفراد الجماعة المحصورة ولكل جماعة غير محصورة ولكل جهة سهم من الموصى به.

مادة ٣٣- إذا كانت الوصية للمعينين عاد إلى تركة الموصي ما أوصى به لمن كان غير أهل للوصية حين الوفاة.

مادة ٣٤- إذا بطلت الوصية لمعين أو لجماعة عاد إلى تركة الميت ما أوصى به إليهم ويحاص الورثة به أرباب الوصايا الباقية إذا ضاق عنها محل الوصية.



مادة ٣٥- تصح الوصية للحمل في الأحوال الآتية:

(١) إذا أقر الموصي بوجود الحمل وقت الوصية وولد حيا لخمسة وستين وثلثمائة يوم فأقل من وقت الوصية.

(٢) إذا لم يقر الموصي بوجود الحمل وولد حيا لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من وقت الوصية ما لم تكن الحامل وقت الوصية معتدة لوفاة أو فرقة بائنة فتصح الوصية إذا ولد حيا لخمسة وستين وثلثمائة يوم فأقل من وقت الموت أو الفرقة البائنة.

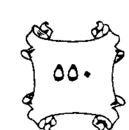
وإذا كانت الوصية لحمل من معين اشترط لصحة الوصية مع ما تقدم ثبوت نسبه من ذلك المعين.

وتوقف غلة الموصي به إلى أن ينفصل الحمل حيا فتكون له.

مادة ٣٦- إذا جاءت الحامل في وقت واحد أو في وقتين بينهما أقل من ستة أشهر بولدين حيين أو أكثر كانت الوصية بينهم بالتساوى إلا إذا نصت الوصية على خلاف ذلك.

وإن انفصل أحدهم غير حي استحق الحي منهم كل الوصية.

وإن مات أحد الأولاد بعد الولادة كانت حصته بين ورثته في الوصية بالأعيان وتكون لورثة الموصي في الوصية بالمنافع.



الفصل الثاني
الموصي به

مادة ٣٧- تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة وتصح بما زاد على الثلث ولا تنفذ في الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه.

وتنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه من غير توقف على إجازة الخزانة العامة.

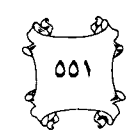
مادة ٣٨- تصح وصية المدين المستغرق ماله بالدين ولا تنفذ إلا ببراءة ذمته منه فإن برئت ذمته من بعضه أو كان الدين غير مستغرق نفذت الوصية في الباقي بعد وفاء الدين «أو سقوطه».

مادة ٣٩- إذا كان الدين غير مستغرق واستوفي كله أو بعضه من الموصى به كان الموصى له أن يرجع بقدر الدين الذي استوفي في ثلث الباقي من التركة بعد وفاء الدين.

مادة ٤٠ - إذا كانت الوصية بمثل نصيب وارث معين من ورثة الموصي استحق الموصى له قدر نصيب هذا الوارث زائدا على الفريضة.

مادة ٤١ - إذا كانت الوصية بنصيب وارث غير معين من ورثة الموصي أو بمثل نصيبه استحق الموصى له نصيب أحدهم زائدا على الفريضة إن كان الورثة متساويين في الميراث وقدر نصيب أقلهم ميراثا زائدا على الفريضة إن كانوا متفاضلين.

مادة ٤٢- إذا كانت الوصية بسهم شائع في التركة ونصيب أحد ورثة الموصي أو بمثل نصيبه سواء أعين الموصي الوارث أم لم يعينه قدرت حصة الموصى له بنصيب الوارث على اعتبار أنه لا وصية غيرها. ويقسم الثلث بينهما بالمحاصة إذا ضاق عن الوصيتين وإذا كانت الوصية بقدر محدد من



النقود أو بعين من أعيان التركة بدل السهم الشائع قدر الموصى به بما يساويه من سهام التركة.

مادة ٤٣ - إذا كانت الوصية بقدر محدد من النقود أو بعين وكان في التركة دين أو مال غائب فإن خرج الموصى به من ثلث الحاضر من التركة استحقه الموصى له وإلا استحق منه بقدر هذا الثلث وكان الباقي للورثة وكلما حضر شيء استحق الموصى له ثلثه حتى يستوفي حقه.

مادة ٤٤- إذا كانت الوصية بسهم شائع في التركة وكان فيها دين أو مال غائب استحق الموصى له سهمه في الحاضر منها. وكلما حضر شيء استحق سهمه فيه.

مادة ٤٥- إذا كانت الوصية بسهم شائع في نوع من التركة وكان فيها دين أو مال غائب استحق الموصى له سهمه في الحاضر من هذا النوع إن كان هذا السهم يخرج من ثلث الحاضر من التركة وإلا استحق الموصى له من سهمه بقدر هذا الثلث ويكون الباقي للورثة وكلما حضر شيء استحق الموصى له بقدر ثلثه من النوع الموصي بسهم فيه على ألا يضر ذلك بالورثة فإن كان يضر بهم أخذ الموصى له قيمة ما بقي من سهمه في النوع الموصى به من ثلث ما يحضر حتى يستوفي حقه.

مادة ٤٦- في جميع الأحوال المبينة في المواد السابقة إذا اشتملت التركة على دين مستحق الأداء على أحد الورثة وكان هذا الدين من جنس الحاضر من التركة كلها أو بعضها وقعت المقاصة فيه بقدر نصيب الوارث فيما هو من جنسه واعتبر بذلك مالا حاضرا.

وإذا كان الدين المستحق الأداء على الوارث من غير جنس الحاضر فلا تقع المقاصة ويعتبر هذا الدين مالا حاضرا إن كان مساويا لنصيب الوارث في الحاضر من التركة أو أقل. فإن كان أكثر منه اعتبر ما يساوي هذا النصيب مالا حاضرا.

وفي هذه الحالة لا يستولي الوارث على نصيبه في المال الحاضر إلا إذا أدى ما عله من الدين. فإن لم يؤده باعه القاضي ووفى الدين من ثمنه.

وتعتبر أنواع النقد وأوراقه جنسا واحدا.

مادة ٤٧- إذا كانت الوصية بعين من التركة أو بنوع من أنواعها فهلك الموصى به أو استحق فلا شيء للموصى له وإذا هلك بعضه أو استحق أخذ الموصى له ما بقي منه إن كان يخرج من ثلث التركة وإلا كان له فيه بقدر الثلث.

مادة ٤٨- إذا كانت الوصية بحصة شائعة في معين فهلك أو استحق فلا شيء للموصى له. وإذا هلك البعض أو استحق أخذ الموصى له جميع وصيته من الباقي إن وسعها وكانت تخرج من ثلث المال وإلا أخذ الباقي جميعه إن كان يخرج من الثلث أو أخذ منه بقدر ما يخرج من الثلث.

مادة ٤٩- إذا كانت الوصية بحصة شائعة في نوع من أموال الموصي فهلك أو استحق فلا شيء للموصى له وإن هلك بعضه أو استحق فليس له إلا حصته في الباقي إن خرجت من ثلث المال وإلا أخذ منه بقدر الثلث.

وتكون الوصية بعدد شائع في نوع من الأموال كالوصية بحصة شائعة فيه.

الفصل الثالث
في الوصية بالمنافع

مادة ٥٠- إذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين مدة معلومة المبدأ والنهاية استحق الموصى له المنفعة في هذه المدة فإذا انقضت المدة قبل وفاة الموصي اعتبرت الوصية كأن لم تكن وإذا انقضى بعضها استحق الموصى له المنفعة في باقيها.

وإذا كانت المدة معينة القدر غير معلومة المبدأ بدأت من وقت وفاة الموصي.

مادة ٥١- إذا منع أحد الورثة الموصى له من الانتفاع بالعين كل المدة أو بعضها ضمن له بدل المنفعة ما لم يرض الورثة كلهم أن يعوضوه بالانتفاع مدة أخرى.

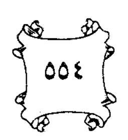
وإذا كان المنع من جميع الورثة كان الموصى له بالخيار بين الانتفاع بالعين مدة أخرى وتضمينهم بدل المنفعة.

وإذا كان المنع من الانتفاع من جهة الموصي أو لعذر حال بين الموصى له والانتفاع وجبت له مدة أخرى من وقت زوال المانع.

مادة ٥٢ - مع مراعاة المادة السابقة إذا كانت الوصية بالمنفعة لقوم غير محصورين لا يظن انقطاعهم أو لجهة من جهات البر وكانت مؤبدة أو مطلقة استحق الموصى لهم المنفعة على وجه التأبيد.

فإذا كانت الوصية مؤبدة أو مطلقة لقوم غير محصورين يظن انقطاعهم استحق الموصى لهم المنفعة إلى انقراضهم.

ويجب مراعاة أحكام المادتين السابقتين إذا كانت الوصية بمدة معلومة المبدأ والنهاية أو بمدة معينة القدر غير معلومة المبدأ والنهاية.



مادة ٥٣- إذا كانت الوصية بالمنفعة بمدة معينة ولقوم محصورين ثم من بعدهم لمن لا يظن انقطاعهم أو لجهة من جهات البر ولم يوجد أحد من المحصورين في خلال ثلاث وثلاثين سنة من وفاة الموصي أو في خلال المدة المعينة للمنفعة أو وجد في خلال هذه المدة وانقرض قبل نهايتها كانت المنفعة في المدة كلها أو بعضها على حسب الأحوال لما هو أعم نفعا من جهات البر.

مادة ٥٤- إذا كانت العين الموصي بمنفعتها تحتمل الانتفاع أو الاستغلال على وجه غير الذي أوصى به جاز للموصى له أن ينتفع بها أو يستغلها على الوجه الذي يراه بشرط عدم الإضرار بالعين الموصي بمنفعتها.

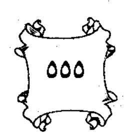
مادة ٥٥- إذا كانت الوصية بالغلة أو الثمرة فللموصى له الغلة أو الثمرة القائمة وقت موت الموصي وما يستجد منها مستقبلا ما لم تدل قرينة على خلاف ذلك.

مادة ٥٦- إذا كانت الوصية ببيع العين للموصى له بثمن معين أو بتأجيرها له لمدة معينة وبأجرة مسماة وكان الثمن أو الأجرة أقل من المثل بغبن فاحش يخرج من الثلث أو بغبن يسير نفذت الوصية.

وإن كان الغبن الفاحش لا يخرج من الثلث ولم يجز الورثة الزيادة فلا تنفذ الوصية إلا إذا قبل الموصى له دفع هذه الزيادة.

مادة ٥٧- تستوفي بالمنفعة بقسمة الغلة أو الثمرة بين الموصى له وورثة الموصي بنسبة ما يخص كل فريق أو بالتهايؤ زمانا أو مكانا أو بقسمة العين إذا كانت تحتمل القسمة من غير ضرر. (وللمحكمة تعيين إحدى هذه الطرق).

مادة ٥٨- إذا كانت الوصية لمعين بالمنفعة ولآخر بالرقبة فإن ما يفرض على العين من الضرائب وما يلزم لاستيفاء منفعتها يكون على الموصى له بالمنفعة.



مادة ٥٩- تسقط الوصية بالمنفعة بوفاة الموصى له قبل استيفاء المنفعة الموصى بها كلها أو بعضها وبشراء الموصى له العين التي أوصى له بمنفعتها وبإسقاط حقه فيها لورثة الموصي بعوض أو بغير عوض وباستحقاق العين.

مادة ٦٠- يجوز لورثة الموصي بيع نصيبهم في العين الموصي بمنفعتها بغير حاجة إلى إجازة الموصى له.

مادة ٦١- إذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين مؤبدة أو لمدة حياته أو مطلقة استحق الموصى له المنفعة مدة حياته بشرط أن ينشأ استحقاقه للمنفعة في مدى ثلاث وثلاثين سنة من وفاة الموصي.

مادة ٦٢- إذا كانت الوصية بكل منافع العين أو ببعضها وكانت مؤبدة أو مطلقة أو لمدة حياة الموصى له أو لمدة تزيد على عشر سنين قدرت بقيمة العين الموصي بكل منافعها أو ببعضها.

فإذا كانت الوصية لمدة لا تزيد على عشر سنين قدرت بقيمة المنفعة الموصى بها في هذه المدة.

مادة ٦٣- إذا كانت الوصية بحق من الحقوق قدرت بالفرق بين قيمة العين محملة بالحق الموصى به وقيمتها بدونه.

الفصل الرابع
الوصية بالمرتبات

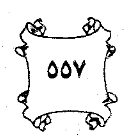
مادة ٦٤- تصح الوصية بالمرتبات من رأس المال لمدة معينة ويوقف من مال الموصي ما يضمن تنفيذ الوصية على وجه لا يضر بالورثة.

فإذا زاد ما أوقف لضمان تنفيذ الوصية على ثلث التركة ولم يجز الورثة الزيادة يوقف منه بقدر الثلث وتنفذ الوصية فيه وفي غلته إلى أن يستوفي الموصى له قيمة ثلث التركة حين الوفاة أو إلى أن تنتهي المدة أو يموت الموصى له.

مادة ٦٥- إذا كانت الوصية بمرتب من غلة التركة أو من غلة عين منها لمدة معينة تقوم التركة أو العين محملة بالمرتب الموصى به وغير محملة به ويكون الفرق بين القيمتين هو القدر الموصى به فإن خرج من ثلث المال نفذت الوصية وإن زاد عليه ولم يجز الورثة الزيادة نفذ منها بقدر الثلث وكان الزائد من المرتب وما يقابله من التركة أو العين لورثة الموصي.

مادة ٦٦- إذا كانت الوصية لمعين بمرتب من رأس المال أو الغلة مطلقة أو مؤبدة أو مدة حياة الموصى له يقدر الأطباء حياته ويوقف من مال الموصي ما يضمن تنفيذ الوصية على الوجه المبين في المادة ٦٤ إن كانت الوصية بمرتب من رأس المال ويوقف ما يغل المرتب الموصى به على الوجه المبين في المادة ٦٥ إن كانت الوصية بمرتب من الغلة.

فإذا مات الموصى له قبل المدة التي قدرها الأطباء كان الباقي من الوصية لمن يستحقه من الورثة أو من أوصى له بعده. وإذا نفد المال الموقوف لتنفيذ الوصية أو عاش الموصى له أكثر من المدة التي قدرها الأطباء فليس له الرجوع على الورثة.



مادة ٦٧ - إذا لم تف غلة الموقوف من التركة لتنفيذ الوصية بمرتب من رأس المال بيع منه ما يفي بالمرتب وإذا زادت الغلة عن المرتب ردت الزيادة إلى ورثة الموصي.

ويوقف ما يزيد من الغلة عن المرتب الموصى به في الغلة حتى تنتهي مدة الانتفاع فإذا لم يغل الموقوف من التركة ما يكفي لتنفيذ الوصية في إحدى السنوات استوفى الموصى له ما نقصه من الغلة الزائدة.

فإذا كانت الوصية تنص على أن المرتب يستوفي سنة فسنة أو قامت قرينة على ذلك ردت الزيادة السنوية لورثة الموصي.

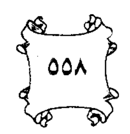
مادة ٦٨ - إذا كانت الوصية بالمرتبات لجهة لها صفة الدوام مطلقة أو مؤبدة يوقف من مال الموصي ما تضمن غلته تنفيذ الوصية ولا يوقف ما يزيد على الثلث إلا بإجازة الورثة.

وإذا أغل الموقوف أكثر من المرتب الموصى به استحقته الجهة الموصى لها وإذا نقصت الغلة عن المرتب لها الرجوع على ورثة الموصي.

مادة ٦٩- في الأحوال المبينة في المواد من ٦٤ إلى ٦٧ يجوز لورثة الموصي الاستيلاء على الموقوف لتنفيذ الوصية بالمرتب أو التصرف فيه بشرط أن يودعوا في جهة يرضاها الموصى له أو يعينها القاضي جميع المرتبات نقدا ويخصص المبلغ المودع لتنفيذ الوصية فإذا مات الموصى له قبل نفاذ المبلغ المودع رد الباقي لورثة الموصي.

ويزول كل حق للموصى له في التركة بالإيداع والتخصيص.

مادة ٧٠- لا تصح الوصية بالمرتبات من رأس المال أو من الغلة لغير الموجودين من الطبقتين الأوليين من الموصى لهم وقت موت الموصي ويقدر الأطباء حياة الموجودين وتنفذ الوصايا بمراعاة الأحكام المبينة في الوصايا للمعينين.



الفصل الخامس
أحكام الزيادة في الموصى به

مادة ٧١- إذا غير الموصي معالم العين الموصى بها أو زاد في عمارتها شيئا مما لا يستقل بنفسه كالمرمة والتجصيص كانت العين كلها وصية.

وإن كانت الزيادة مما يستقل بنفسه كالغراس والبناء شارك الورثة الموصى له في كل العين بقيمة الزيادة قائمة.

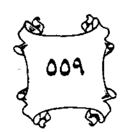
مادة ٧٢- إذا هدم الموصي العين الموصى بها وأعاد بناءها على حالتها الأولى ولو مع تغيير معالمها كانت العين بحالتها الجديدة وصية.

وإن أعاد البناء على وجه آخر اشترك الورثة بقيمته مع الموصى له في جميع العين.

مادة ٧٣- إذا هدم الموصي العين الموصى بها وضم الأرض إلى أرض مملوكة له وبنى فيها اشترك الموصى له مع الورثة في جميع الأرض والبناء بقيمة أرضه .

مادة ٧٤- استثناء من أحكام المواد ٧١ فقرة ثانية و ٧٢ فقرة ثانية و ٧٣ إذا كان ما دفعه الموصي أو زاده في العين يتسامح في مثله عادة ألحقت الزيادة بالوصية وكذلك تلحق الزيادة التي لا يتسامح فيها إذا وجد ما يدل على أن الموصي قصد إلحاقها بها.

مادة ٧٥- إذا جعل الموصي من بناء العين الموصى بها ومن بناء عين مملوكة له وحده لا يمكن معها تسليم الموصى به منفردا اشترك الموصى له مع الورثة بقدر قيمة وصيته.



الفصل السادس
الوصية الواجبة

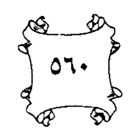
مادة ٧٦- إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذي مات في حياته أو مات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثا في تركته لو كان حيا عند موته وجبت للفرع في التركة وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلث بشرط أن يكون غير وارث وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخر قدر ما يجب له وإن كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله.

وتكون هذه الوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره وأن يقسم نصيب كل أصل على فرعه وإن نزل قسمة الميراث كما لو كان أصله أو أصوله الذين يدلي بهم إلى الميت ماتوا بعده وكان موتهم مرتبا كترتيب الطبقات.

مادة ٧٧ - إذا أوصى الميت لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه كانت الزيادة وصية اختيارية وإن أوصى له بأقل من نصيبه وجب له ما يكمله.

وإن أوصى لبعض من وجبت لهم الوصية دون البعض الآخر وجب لمن لم يوص له قدر نصيبه.

ويؤخذ نصيب من لم يوص له ويوفي نصيب من أوصى له بأقل مما وجب من باقي الثلث فإن ضاق عن ذلك فمنه ومما هو مشغول بالوصية الاختيارية.



مادة ٧٨ - الوصية الواجبة مقدم على غيرها من الوصايا.

فإذا لم يوص الميت لمن وجبت لهم الوصية وأوصى لغيرهم استحق كل من وجبت له الوصية قدر نصيبه من باقي ثلث التركة إن وفي وإلا فمنه ومما أوصى به لغيرهم.

مادة ٧٩- في جميع الأحوال المبينة في المادتين السابقتين يقسم ما يبقي من الوصية الاختيارية بين مستحقيها بالمحاصة مع مراعاة أحكام الوصية الاختيارية.

الفصل السابع
في تزاحم الوصايا

مادة ٨٠- إذا زادت الوصـايا على ثلث التركة وأجـازها الورثة وكانت التركة لا تفي بالوصايا أو لم يجيزها وكان الثلث لا يفي بها قسمت التركة أو الثلث على حـسب الأحـوال بين الوصايا بالمحـاصـة. وذلك مع مراعـاة ألا يستوفي الموصى له بعين نصيبه إلا من هذه العين.

مادة ٨١- إذا كانت الوصيـة بالقربات ولم يف بها ما تنفذ فـيه الوصية فإن كـانت متـحدة الدرجات كـانت متـساوية في الاستـحقـاق وإن اختلفت درجاتها قدمت الفرائض على الواجبات والواجبات على النوافل.

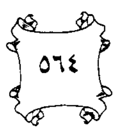
مادة ٨٢- إذا تزاحـمت الوصايا بالمرتبات ومـات بعض الموصى لهم أو انقطعت جهة من الجهات الموصى لها بالمرتب كان نصيبهما لورثة الموصي.



المحتويات

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة



الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة



الموضوع	الصفحة



الموضوع	الصفحة
- ملكية العين الموصى بمنفعتها.	٤٦٠
- مراعاة الثلث في الوصية بمنفعتها.	٤٦٣
- انتهاء الوصية بالمنفعة.	٤٦٧
- الوصية ببيع عين من التركة أو بتأجيرها.	٤٧١
- الوصية بالمرتب.	٤٧٨
- الوصية المؤبدة بالمرتب.	٤٨٩
- الوصية بمرتب في مدة من رأس.	٤٩١
- الوصية بمرتب من الغلة في مدة معينة.	٤٩٣
- الوصية بمرتب لمعين من رأس المال أو من الغلة.	٤٩٦
- الوصية بمرتب للطبقات.	٤٩٨
- الوصية بمرتب لجهة دائمة.	٥٠٠
- نقص غلة ما خصص للوصية من المرتب أو زيادته.	٥٠٠
- استبدال العين التي خصصت غلتها بمبلغ من النقود.	٥٠١
- أحكام الزيادة في الموصى به.	٥٠٣
- الوصية الواجبة.	٥٠٧
- كيفية تطبيق القانون رقم ٧١ / ١٩٤٦ في الوصية الواجبة.	٥١٧
- تزاحم الوصايا.	٥٢٦
- قانون الوصية رقم ٧١ سنة ١٩٤٦.	٥٣٩

رقم الإيداع	٢٠٠٩/٨٧١١